الجامع لمسائل المدونة والمختلطة

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه أبي بكر بن عبد الله
ابن يونس الصقلي

المتوفى ٤٥١ هـ

وإتماماً للفائدة
ألحقنا بآخر الكتاب «كتاب الفرائض» للمؤلف رحمه الله

اعتنى به

أبو الفضل الدمياطي «أحمد بن علي» عفا الله عنه

تقديم

الشيخ العلامة الأستاذ الدكتور
أحمد بن منصور آل سبالك حفظه الله

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

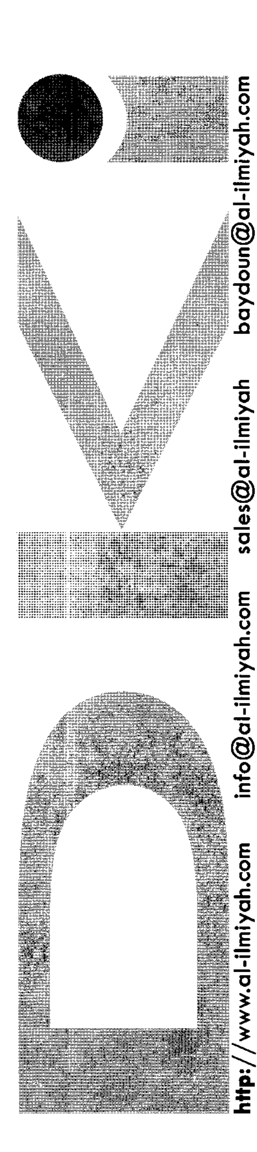
الوصايا - الشفعة - القسم -
الإيلاء - اللعان - الاستبراء



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



الجامع
لمسائل المدونة والمختلطة



http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب: الجامع لمسائل المدونة والمختلطة

Title: Al-Jami' li masa'il al-Mudawwana wa al-Mukhtalata
The compiler of the matters of "Al-Mudawwana and Al-Mukhtalata"

التصنيف: فقه مالكي

Classification: Maliki jurisprudence

المؤلف: العلامة أبي بكر محمد بن عبد الله ابن يونس الصقلي (ت 451هـ)

Author: Abi Bakr ben Abdullah Ibn Yunus al-Siqilli (d. 451H)

المحقق: أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي

Editor: Abu al-Fadel al-Dimyati (Ahmad ben Ali)

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

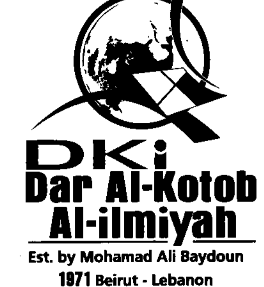
Pages: 10 Volumes 5080 عدد الصفحات: 5080 (10 مجلدات)

Size: 17*24 cm قياس الصفحات

Year: 2012 A.D. 1433 H. سنة الطباعة

Printed in: Lebanon بلد الطباعة: لبنان

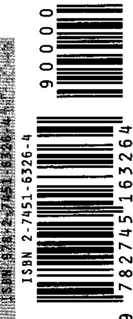
Edition: 1st الطبعة: الأولى



Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel: +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.O.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

ISBN 978-2-7451-6326-4



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا الأول

فى الحض على الوصية

ومن تركها أو قللها ، والتشهد فيها

وقد أذن تعالى فى الوصية بقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ (١) وأبان الرسول عليه السلام أن الوصايا مقصورة على الثلث فى قوله لسعد : «**الثلث والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس...**»(٢) الحديث .

وحض عليه السلام على الوصية بقوله : « **ما حق امرئ مسلم له مال يوصى فيه يبيت الليلتين إلا ووصيته مكتوبة** » (٣) .

قيل : معناه ، يبيت موعوكًا ، فلا ينبغى لمن له ما يوصى فيه من دين أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك أنه يدع الوصية ، وذلك واجب عليه .

وإنما يرخص فى ترك التطوع قال نافع : كان ابن عمر يكتب وصيته ، ثم ترك ذلك وقال: ما عندى ما أحدث فيه وصية رباعى حبس وحائطى صدقة، وما كان لى من شيء فقد أنفقته ، فلما احتضر قال : قد كنت أطمع فى الحياة فالله أعلم به ، وأما الآن فلا أدرى أحدًا أحق به من هؤلاء .

وقيل لسعيد بن المسيب فى المحنة: أعهد عهدك.

قال : لست ممن يوصى بأمره إلى الرجال ، ما كان من أمر فقد أحكمته.

وقال عليّ بن أبي طالب لمريض ذكر له الوصية: لا توصى، إنما قال الله سبحانه: ﴿ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ (٤) وأنت لا تترك إلا اليسير ، دع مالك لبنيك .

---

(١) سورة النساء (١١).

(٢) أخرجه مالك (١٤٦٥) والبخارى (٣٢٣٣) ومسلم (١٦٢٨) من حديث عامر بن سعد بن أبى وقاص عن أبيه.

(٣) أخرجه البخارى (٢٥٨٧) ومسلم (١٦٢٧) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما.

(٤) سورة البقرة (١٨٠) .

وقيل لعائشة رضي الله عنها : أيوصى من يترك أربعمائة دينار وله عدد من الأولاد؟

فقالت : ما فى هذا فضل عن ولده .

وقيل لميمون بن مهران : إن فلانًا مات وأعتق كل عبد له .

فقال : يعصون مرتين، يبخلون به وقد أمروا بالإنفاق ، فإذا صار لغيرهم أسرفوا فيه ، لأن أوصى بالخمس أحب إليَّ من أن أوصى بالربع ، وبالربع أحب إليَّ من الثلث ، ومن أوصى بالثلث لم يترك شيئًا .

وقال عمر : الثلث وسط لا بخس ولا شطط .

فصل

قال مالك فى « المدونة » : ومن كتب وصيته فليقدم ذكر التشهد قبل الوصية ، وكذلك فعل الصالحون وما زال ذلك من عمل الناس بالمدينة ، وإنه ليعجبنى وأراه حسنًا .

قال أشهب : وقال أيضًا : كل ذلك لا بأس به ، تشهد أو لم يتشهد ، وقد تشهد ناس فقهاء صالحون وترك ذلك بعض الناس وذلك قليل .

وقال ابن القاسم : ولم يذكر لنا مالك كيف هو .

وروى ابن وهب أن أنس بن مالك قال : كانوا يوصون أن يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله عبده ورسوله ، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ربهم ـ عز وجل ـ ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا مسلمين ، وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب **﴿ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَىٰ لَكُمُ الدِّينَ فَلا تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾** [البقرة: ١٣٢] ، وأوصى إن مات من مرضه هذا .

وروى أشهب عن مالك فى «العتبية » و « المجموعة » و «كتاب محمد » : قيل: أن رجلا كتب فى وصيته : أؤمن بالقدر خيره وشره حلوه ومره .

قال : ما أرى هذا إلا كتب الصفرية والإباضية قد كتب من مضى وصاياهم ، فلم يكتبوا مثل هذا .

فيمن أوصى بعتق عدد أو جزء من عبيده ، أو أوصى بذلك لرجل فماتوا أو مات بعضهم

قال ابن القسم : ومن أوصى بعتق عبد من عبيده فماتوا كلهم بطلت الوصية.

وكذلك من أوصى له بعبد فمات العبد فلا حق له فى مال الميت .

قال غيره : لأن ما مات أو تلف قبل للنظر فى الثلث ، فكأن الميت لم يتركه، وكأنه لم يوص فيه بشىء ، لأنه لا يقوم ميت ولا يقوم على ميت .

قال ابن القاسم : ومن أوصى بعتق عشرة من عبيده ولم يعينهم وعدد عبيده خمسون ، فمات منهم عشرون قبل التقويم عتق من الباقى عشرة أجزاء من ثلاثين جزءًا بالسهم، وهو ثلثهم خرج عدد ذلك أقل من عشرة أو أكثر .

ولو هلكوا كلهم إلا عشرين ، عتق نصفهم فى ثلث الميت .

ولو هلكوا إلا خمسة عشر ، عتق ثلثاهم.

ولو هلكوا إلا عشرة عتقوا إن حملهم الثلث.

وكذلك من أوصى لرجل بعدد من رقيقه أو أوصى بعشرة من إبله فى سبيل الله وله إبل كثيرة ، فهلك بعضها ، فعلى ما ذكرناه .

قال مالك : ومن قال : ثلث رقيقى أحرار عتق ثلثهم بالسهم لا من كل واحد ثلثه.

وإن قال : ثلثهم لفلان [ق/ ٢١/ ٩ب] فله ثلثهم بالسهم .

فإن هلك بعضهم أو أوصى له بثلث غنمه فاستحق ثلثاها، فإنما للموصى له ثلث ما بقى من العبيد أو الغنم ، ولا يكون له جميع الثلث الباقى.

وإن حمل ذلك الثلث ، وسواء بقى ثلثهم أو أقل ، فإن لم يقسموه كان شريكًا لهم بثلثهم.

وإن أوصى له بجميع غنمه فهلك بعضها أو استحق ، فللموصى له ما بقى إن حمله الثلث.

وإن أوصى له بعشرة من غنمه وله مائة شاة ، فللموصى له عشرها يدخل فيه ما دخل ، فإن هلكت كلها إلا عشرة فهى للموصى له.

وإن كانت تعدل نصف الغنم إذا حملها الثلث .

وإن أوصى له بعشر غنمه وهى مائة فهلكت كلها إلا عشرة ، لم يكن للموصى له إلا عشر ما بقى .

وقال ابن الماجشون : سواء قال : عشرة من رقيقى أحرار وهم ستون ، أو قال: سدسهم، فمات بعضهم فإنما يعتق سدس من بقى.

ولو بقى منهم عشرة أو أقل لم يعتق إلا سدس من بقى .

فوجه قول ابن القاسم إذا قال عشرة، يعتق وسمى العدد ، فكأنه قصد ذلك العدد .

فإذا لم يمت منهم أحد بقى أكثر من عشرة صار الورثة شركاء للعبيد وللموصى له بهم بأجزاء العدد ، فوجب أن يقرع بينهم فى ذلك .

فإذا وجبت القرعة سقط حكم العدد إذ لا تتفق قيمتهم، فإذا لم يبق إلا العدد الذى سمى لم تبق شركة توجب الاقتراع وكأن من مات منهم لم يكن ، فصار كمن أوصى بعتقهم ولا عبيد له غيرهم .

ووجه قول عبد الملك: أنه لما كان الحكم يوم الوصية عتق سدسهم فكأن الميت قصد ذلك ، وكأنه إذا لم يعينهم قصد الشركة بينهم، فالهالك بينهم والباقى بينهم، فلا يعتق إلا سدس من بقى ، وعلى هذا القول لو كانت غنمًا فتوالدت لكان للموصى له سدس الجميع ، فيكون له ذلك فى الأمهات والأولاد ، لأنه كالشريك مع الورثة .

وروى البرقى عن أشهب : فيمن أوصى لرجل بعشرة من إبله وهى مائة ، فولدت مائة أخرى ، قال : فله عشرها بولادتها ، وكذلك الغلة مثل الولادة ، ولم يذكر على أى قول بناه أعلى قول ابن القاسم أو على قول عبد الملك .

م : وهذا لا يختلفون فيه ، لأن ابن القاسم يجعله شريكًا للورثة بقدر العدد إذ ليس شيئًا بعينه ، فإذا نمت وجب أن يكون النماء بينهم ، إذ لا مزية لأحدهم على الآخر.

وكذلك هو عند عبد الملك .

م: ولأشهب قول آخر تركته.

وقال سحنون : فيمن أوصى لرجل عشرة شياه من غنمه وهى ثلاثون، فصارت بعد موته بولادتها ستين: أن له خمسها.

وكأنه بناه على قول ابن القاسم فكما بقاء التسمية إذا نقصت، فكذلك بقاءها إذا زادت ، وكأنه قال : عشر شياه من غنمى .

م : والأشبه ما قدما أنه كالشريك .

قال فى كتاب العتق : وإن قال عند موته : أثلاث رقيقى أحرار أو أنصافهم ، عتق من كل واحد منهم ما ذكر إن حمل ذلك الثلث. وإن لم يحمله عتق ما حمل ثلثه من كل واحد بالحصاص بغير سهم.

وقال بعض أصحابنا : وأما لو قال: أثلاث رقيقى لفلان.

فإن له ثلثهم بالقرعة ، لأنه شريك فى كل واحد .

ومن له جزء فى رقيق جمع له نصيبه عند التقاسم ، بخلاف العتق إذ لا يستبد أحدهم بالعتق دون صاحبه ، وقد تساووا فى الوصية فلا يفضل بعضهم على بعض.

وفى الوصية لفلان أين ما وقع لفلان فى الرق يقع، فلا يفرق على هذا نصيبه لغير منفعة تصل إلى العبد ، بل جميع نصيبه لواحد أنفع له ، فاعلم ذلك.

فيمن أوصى بشراء نسمة للعتق فماتت قبل العتق ، أو تلف ثمنها ، أو جنت ، أو جنى عليها ، أو لحق دين بعد العتق

قال ابن القاسم : ومن أوصى بنسمة تشترى فتعتق ، لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق ، لأنه لو قتله رجل أدى قيمته قيمة عبد ، وأحكامه فى جميع أحواله أحكام عبد حتى يعتق.

فإن مات بعد الشراء وقبل العتق كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى إلى مبلغ ثلث الميت.

قال محمد عن ابن القاسم : ثلث ما بقى هكذا أبدًا .

قال محمد: ما لم تمت بعد قسمة الميراث ، فهاهنا إنما يشترى إن بقى من الثلث الأول شيء .

وقال يحيى بن عمر : إذا مات العبد قبل اقتسام الورثة المال أو بعد ، فذلك سواء عليهم أن يشتروا رقبة أخرى من ثلث ما بقى أبدًا حتى لا يبقى من المال شىء.

قال فى « كتاب محمد » : وكذلك لو أخرج ثمن العبد فسقط ، فعليهم أن يشتروا عبدًا من ثلث ما بقى ما لم يتلف بعد قسمة الميراث ، فإنما يشتروا إن بقى من الثلث الأول بشىء بمنزلة موت العبد سواء. [ق / ٢٢ / ٩ب] قال: ولو هلك الباقى قبل القسم لعتق الأول أبدًا من ثلث ما بقى رقبة أخرى ، ما لم ينفد عتقه أو يقسم المال .

فإن قسم المال وقد أخرج ثمنه فذهب ، فلا شىء على الورثة ، لأن المقاسمة كالمفاصلة بين الورثة وبين الميت فى ثلثه.

قال: إلا أن يكون معه فى وصايا نفدت فليؤخذ مما أخذ ما يبتاع به رقبة ، لأن العتق مبدى عليه إلا أن يكون معه فى الوصايا بأمر الواجب ما هو علة ، فيكونان فى الثلث سواء .

ولو بقى بيد الورثة من بقية الثلث شىء فيه ثمن رقبة أخذ ذلك منهم بعد القسم واشترى به رقبة ، ونفذ لأهل الوصايا وصاياهم .

قال محمد : ولو جنى العبد قبل العتق خير الورثة ، فإما أسلموه واشتروا غيره من ثلث ما بقى ، أو فدوه فأعتقوه هو أو غيره .

محمد : فإن أسلموه فكأنه لم يكن أو مات ، ويعتقون غيره من ثلث ما بقى.

وإن فدوه فمن ثلث ما بقى لا بأكثر منه ، كأنهم ابتدؤوا شراءه وذلك إن لم يكن قسم بالثلث .

قال أصبغ : يرجع فى هذا إلى باقى الثلث الأول.

قال محمد : يريد إذا كان قد قسم به وقسم للورثة بالثلثين فينفذ لهم ، ولا يرجع عليهم فى ثلثهم بشىء فى موت الرقبة ولا فى إسلامها ، لأنه صار ضمان كل قسم من أهله .

محمد : وذلك بعد اقتسام المال والفراغ منه.

وقال ابن حبيب عن أصبغ : إذا ماتت الرقبة قبل العتق أو عزل ثمنها ليشترى به

فتلف ، فإن لم يفرط الوصى فى إنفاذ عتق المشترى أولاً فى تأخيره الشراء بالثمن المعزول لم يضمن ، ولا يرجع فى الثلث بشىء إن كان قد فرق فى أهل الوصايا.

ولو كان فضل منه فضل أو كان بحاله، فالقياس أن لا يرجع فيه بشىء ، ولكن استحسن أن يشترى من بقيته رقبة ثانية ولو جنت والجناية فيها كموتها . وإن جنى عليها جناية لا يجزئ مثلها فى الرقاب يبعث للميت ، واشترى بثمنها مع الأرش رقبة، وإن لم تنقصها عتقت وأعين بالأرش فى رقبة .

وإن فرط فى عتق المشتراة حتى ماتت ، أو فى الشراء حتى تلف الثمن ضمن الثمن.

وكذلك إن فرط حتى جنت ، وإن جنى عليها فذلك للميت على ما قلنا فيه إن لم يفرط .

ولو أوصى الميت بذلك الورثة فسواء فرطوا أو لم يفرطوا .

وإن ماتت أو جنى عليها أو جنت فلابد أن يعتقوا من ثلث ما بقى رقبة أخرى، لأنه لا ميراث لهم إلا من بعد إنفاذ الوصايا ، وهم الذين ولوا ذلك .

ولو كانت رقبة بعينها سواء أوصى إلى وصى أو إلى ورثة ، إذا ماتت فلا شىء عليهم، فرطوا أو لم يفرطوا .

وإن جنت والثلث يحملها فذلك دين عليها وهى حرة وإن لم يحملها قسمت الجناية على ما عتق منها وما رق .

وإن جنى عليها فالأرش لها وهى حرة .

وكذلك سمعت ابن القاسم يقول فى ذلك كله .

فصل

ومن « **المدونة** »: ومن أوصى بعتق نسمة تشترى ، ولم يسم ثمنًا ، أخرجت بالاجتهاد بقدر قلة المال وكثرته .

وكذلك إن قال عن ظهارى .

محمد : وقال أشهب : لا ينظر إلى قلة المال وكثرته ، ولكن تشترى رقبة وسطة، كما قيل فى الغرة .

ولو عجز الثلث عن رقبة وسطة اشترى بمبلغه .

ولو كان هو المعتق عن نفسه أجـزأه قلة الثمن ، وإن كان عن واجب ، وإن كان رضيعًا .

وأما إذا أوصى بنسمـة ولم يسم الثمن ، فيخرج رقبـة وسطة فى الواجب وغيره ويحاص به أهل الـوصايا ، وهذا الاستـحسـان . والقياس أن يحـاص بقيـمة أدنى النسم، كـما يجزئ عن المظاهر وقـاتل النفس ، والأول أحب إلىَّ ، كمـا قلت فى المتزوجة على خادم أنها تكون وسطة .

ومن « المدونة » : **قال ابن الـقاسم** : وإن سمى ثمنًا لا يـسعه الثلث ، اشـترى بثلثه إن كان فيه ما يشترى به رقبة .

فإن لم يبلغ فى التطوع شورك به فى رقبة .

وإن لم يبلغ أعيد به فى مكاتب فى آخر نجومه .

وإن سمى ثمنًا فيه كفاف الثلث فاشتـرى ما أوصى به فأعتقها عنه ثم لحق الميت دين يغترق جميع ماله رد العبد رقًا .

وإن لم يغترق الدين جـميع ماله رد العبد وأعطى صـاحب الدين دينه ، ثم عتق من العبد مقدار ثلث ما بقى من مـال الميت بعد قضاء الدين ، ولا يضمن الوصى إذا لم يعلم بالدين.

فيمن أوصى أن يشترى عبد فلان ، أو ليعتق ، أو أن يباع عبده من فلان ، أو ممن أحب العبد ، أو ممن يعتقه

قال مالك : ومن قال فى وصيتـه : اشتروا عبد فلان لفلان ، أو فـاعتقوه، أو بيعوا عبدى من فلان ، أو ممن أحب ، أو ممن يعتقه ، فامتنع المشترى أن يشتريه بمثل ثمنه ، أو امتنع البـائع الذى يبتـاع منه أن يبيعـه بمثل الثمن ، فإنه يزاد فى المشـترى وينقص فى المبـيع ما بينك وبين ثلث ثمنه ، لا ثلث الميت ، وإن لـم يذكر الميت أن يزاد أو ينقص .

قال أبو مـحمد : قال بعض أصحابنا : إنما قـال ذلك لأنه قد علم أن الميت قد قصد التخفـيف فى ثمن المبيع والتوفير فى ثمن المشترى إذا احـتيج إلى ذلك فخفف الثلث [ق / ٢٣/ ٩ب] بالاجتهاد وإذا هــو بين القلـيل والكثـير ووفر فى المشترى

على هذا.

قال ابن حبيب : قال أصبغ : وخالف ابن وهب مالكًا فى ذلك ، فقال يزاد فى المشترى وينقص فى المبيع ما بينك وبين ثلث الميت لا ثلث الثمن.

قال أصبغ : ولو قال : اشتروا عبد فلان بالغًا ما بلغ ، فإنى أستحسن أن يزاد فى هذا إلى مبلغ ثلث الميت كقول ابن وهب فى الوجه الأول.

ومن « المدونة » : **قال ابن القاسم** : فإن أبى المشترى أن يأخذه إلا بأقل من ثلثى الثمن ، أو أبى الذى يبتاع منه أن يبيعه إلا بأكثر من ثمنه وثلث ثمنه ، فذلك يختلف .

أما الموصى أن يشترى فيعتق فليستأنى بثمنه يزيد ويبدأ على الوصايا ، فإن بيع وإلا رجع ثمنه ميراثًا بعد الاستيناء بذلك .

وقال فى الوصايا الثانى : بعد الاستيناء والإياس من العبد .

وروى ابن وهب وغيره عن مالك : أن الثمن يوقف ما رجى بيع العبد إلا أن يفوت بعتق أو موت.

قال سحنون : وعليه أكثر الرواة . وهذا وفاق لقول ابن القاسم ، وكذلك روى عنه ابن المواز مثل رواية ابن وهب أنه يستأنى به إلى موته، أو عتقه بثمنه وثلث ثمنه، أو ما حمل الثلث منه وإن قل.

وقاله محمد ، وقاله أشهب عن مالك وخالفه ، وقال : لا يستأنى به إذا أبى ربه البيع .

م : قال بعض الفقهاء : انظر هل يدخل فى ذلك الوصايا أو يدفع إلى الورثة كالذى رد الوصية ، وهو أشبه .

ومن « **المدونة** » : **قال ابن القاسم** وإما يشترى لفلان إن امتنع سيده من بيعه ليزداد ثمنًا دفع إليه ثمنه وزيادة ثلث ثمنه للموصى له .

فإن امتنع من بيعه أصلاً ضمنا العبد، عاد ذلك ميراثًا وبطلت الوصية .

وقال غيره : إن امتنع سيده من بيعه ضمنا منه بالعبد أو لزيادة لم يلزم الورثة أكثر من زيادة ثلث الثمن ، وليكن ثمنه موقوفًا حتى يؤايس من العبد ، فإن آيس منه

رجع المال ميراثًا ولا شيء للموصى له ، لأن الميت إنما أوصى له برقبته لا بمال .

سحنون : وهذا أصح .

م : ووجه قول ابن القاسم أن الميت لما أوصى أن يشترى عبد فلان لفلان ، فكأنه إنما قصد بالوصية المشترى له ، وأن المشترى منه لو باعه بمثل ثمنه وثلث ثمنه كان العبد للمشترى له ، فلما امتنع هذا من بيعه عاد ما بدل فيه إلى المشترى له ، لأن ذلك عوضه .

م : وكان يجب على قياس قوله فى الذى يباع منه فأبى أن يشترى بوضيعة الثلث أن يدفع ثلث ثمنه له أن يكون فى المشترى منه إن امتنع من بيعه بمثل ثمنه وثلث ثمنه أن يدفع ثمنه له ، لأنه لو باعه بمثل ثمنه لم يكن للمشترى له غير العبد، والزيادة إنما زيدت للمشترى منه فلا وجه لدفع ذلك إلى المشترى له ، فإما أن يكون للمشترى منه أو يكون ميراثًا ، وقاله بعض القرويين .

قال: وإذا أوصى الميت بوصايا ، وأوصى أن يشترى عبد فلان لفلان ونظر ما يقع له فى الحصاص ، فوجد أقل من ثمن العبد وزيادة ثلث ثمنه ، وامتنع البائع أن يبيع على قول من جعل أن لا شيء للموصى له فى الثمن ، فيرجع ذلك إلى الورثة، ولا يقسم منه لأهل الوصايا كرد بعض أهل الوصايا وصاياهم أن الورثة يتحاصون فى ذلك ، وهو الأشبه .

قال ابن القاسم : وأما الذى قال يبيعوه من فلان فطلب المشترى وضيعة أكثر من ثلث ثمنه فإنه يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا أو يقطعوا له بثلث العبد بتلاً.

وأما الذى يباع ممن أحب وليس من رجل بعينه ، فيطلب المشترى وضيعة أكثر من ثلث ثمنه، فإنه يخير الورثة بين أن يبيعوه بما سئلوا أو يعتقوا ثلث العبد.

وروى غير واحد عن مالك أن الورثة إذا بدلوه بوضيعة الثلث فلم يوجد من يشتريه إلا بأقل ، فليس عليهم غير ذلك .

يريد ، ويرجع ميراثًا .

قال ابن وهب : وقال مالك : هذا الأمر عندنا .

م : وذلك أنه لما امتنع من الشراء بوضيعة الثلث، فكأنه رد الوصية لأن الميت إنما أوصى له بالحطيطة بشرط شرائه ، وهذا أشبه .

قال ابن القاسم : وأما الذى يباع ممن يعتقه ، فتخير الورثة بين بيعه بما أعطاه أو يعتقوا ثلث العبد .

وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك .

م : وكذلك عن ابن القاسم فى الرابع من الوصايا من كتاب ابن المواز فى هذا كله.

وإن مالكًا لم يختلف قوله بما هو أصوب ، وبه أخذ فى البيع للعتق كما ذكرنا هاهنا .

وقال ابن المواز : بل اختلف قوله بما هو أصوب ، وبه أخذ أكثر أصحابه.

فروى عنه أشهب فى البيع للعتق أو ممن أحب : أنه إن حمله الثلث فإنهم إن لم يجدوا من يأخذه بوضيعة ثلث الثمن واستؤنى به ، فلم يوجد فلا شىء عليهم فيه.

وإن لم يحمله الثلث خيروا بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه.

وإما أعتقوا منه مبلغ ثلث الميت كله ، لا أنه يصير عتقًا مبتدأ على وصية لفلان فى المبيع رقبة للعتق أو ممن أحب .

فإن بدلوه بوضيعة ثلث الثمن ، فلم يوجد من يبتاعه واستؤنى به ، فلا شىء عليهم فيه .

وكذلك عن أشهب فى « المجموعة » قال فيها ولو قال : بيعوه من فلان ، ولم يقل: للعتق ، فلم يبيعوه منه بثلثى ثمنه ، لأنه لا يخرج من الثلث قطعوا له بثلث الميت .

ولو بدلوه بوضيعة الثلث فأبى سقطت الوصية .

قال [ق/ ٢٤/ ٩ب] أشهب وسحنون: ليس للمريض أن يوصى ببيع عبده ممن يعتقه إن لم يحمله الثلث وإن لم يحاب أولاً حكم له فى الثلثين، وليس عليهم بيعه بثلثى ثمنه، ولا بثمنه كله لو وجدوا من يشتريه بذلك ، ولكنهم يخيرون بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه ، أو يعتق منه محمل الثلث بتلاً .

م :**قال بعض الفقهاء** : فإن قيل : لِم لمْ يقل هاهنا : يبيعون منه ما حمل الثلث من العبد بحطيطة ثلث ذلك المبيع ، كماَ قال فيمن أوصى أن يشترى عبد فلان.

قيل: لا يشبه هذا ، لأن الميت حال على ثلثه لمن أوصى له به . فإن لم تجز الورثة قطعوا له بالثلث ولو بعنا منه ما حمل الثلث بحطيطة ثلث ثمنه لبقى للورثة ثلثا المبيع فبقى لهم من الثلث ، وهم لم ينفذوا وصية الميت ، وهذا لا يجوز.

وإن كان مع ذلك وصايا ضرب الموصى له بأن يشتريه بثلث ثمنه مع أهل الوصايا ؛ فما وقع له فى الحصاص فهو الذى يحط عنه ، كذا وقع فى كتاب محمد وفى ذلك نظر ، لأن الورثة عليهم بيع شىء من ثلثيهم ، وهم قد أخرجوا الثلث ، فيحاص فيه الموصى لهم ، إلا أن يريد : إن طاع الورثة بذلك ، وإلا أسلموا لما وقع فى الحصاص .

قال أشهب : ولو لم يملك غير العبد فأوصى بثلثه لرجل ، وأن يباع منه بثلثيه بالقيمة ، فلا وصية له فى الثلثين .

وقال فى الذى يباع ممن أحب : إذا لم يجدوا من يأخذه بوضيعة الثلث ممن أحب، أن الوصية تبطل .

وأنكر قول من قال ـ يعنى ابن القاسم ـ يقال لهم بعد ذلك : بيعوه بما وجدتم ، وإلا فأعتقوا ثلثه .

وقال : لو كان هذا لقيل لهم أول مرة .

ولو كان هذا أصلاً لكان إن لم يفعلوا عتقوا منه مبلغ ثلث الميت .

هذا حكم ما حلت فيه الوصايا .

قال أشهب وعبد الملك: فى الذى يباع ممن أحب وأوصى بوصايا وضاق الثلث، قال: يقال للورثة إما أجزأتم وإلا فاخلعوا الثلث .

فإذا خلعوه دخل العتق وبدئ فى الثلث ، فإن فضل شىء كان لأهل الوصايا .

وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم فى « العتبية ».

وفى « كتاب محمد » : إن كان معه وصايا حاص بثلث ثمنه ، فما وقع له فى الحصاص فهو الذى يوضع لمن أحب العبد أن يشتريه .

يريد : إن رضى الورثة بذلك ، لأن بقيته لا يلزمهم بيعه الآن من ثلثيهم.

وينبغى على مذهب ابن القاسم القائل : إن لم يشترى أن يعتق ثلثه ، أن يقول:

إنه يبدأ على الوصايا ، فيعتق منه ما حمل الثلث .

محمد : **وقال أشهب** عن مالك إذا أوصى أن يباع ممن أحب وأوصى بوصايا، فليوضع ثلث ثمنه ولا يبدأ على الوصايا .

وإن أوصى أن يباع رقبته للعتق وضع ثلث ثمنه وبدئ على الوصايا.

قال أشهب : وإذا بيع للعتق كما ذكرنا ثم طرأت وصايا ، فلا يضر ذلك ولو قال : يباع ممن أحب ، أو من فلان ، فهذا يحاصه أهل الوصايا .

قال : ولو طرأ دين لرد عتقه وبيعه ممن أحب أو من فلان ، إلا أن يكون المال واسعًا يحمله ثلثه بعد الدين ، فيمضى .

وإن لم يكن كذلك وقد بيع ممن أحب فأعتقه المبتاع ، فليرجع على المشترى فيما وضع له ويمضى عتقه إياه.

قال ابن القاسم وأشهب عن مالك فى الذى أوصى أن يباع عبده رقبة ، أو قال: من فلان ، أو ممن أحب ، فإنه يوضع فيه ثلث ثمنه وتجبر الورثة على ذلك إذا حمله الثلث ، ولا يبدأ على الوصايا ، إلا الذى يباع رقبة للعتق .

قال أشهب : وإذا قال : بيعوه نسمة للعتق ولم يقل : من فلان فليس عليهم ذكر الوضيعة ولهم بيعه مما يمكنهم ، إلا أنهم إن لم يجدوا فليحطوا ما بينهم وبين ثلث ثمنه، لأن الوصية فى هذا للعبد لا للمشترى فإن قال : بيعوه من فلان لعتق أو غيره فعليهم أن يخبروه بالوصية ، لأنها وصية له.

وإن لم يخبروه رجع عليهم بما زاد على ثلثى الثمن .

وقال ابن القاسم : ليس على الورثة إعلام المشترى بذلك .

وقال أشهب : قال فيمن أحب العبد ، فهى وصية للعبد ، ولهم أن يخبروا المشترى بالوصية .

وقاله أشهب عن مالك فى « العتبية » و « المجموعة ».

قال فى كتاب « محمد » : وإن قال : بيعوه ، ولم يقل للعتق ، ولا من فلان، ولا ممن أحب ، فليس بشىء ولهم أن لا يبيعوه لأنه لم يوص لأحد .

ولو قال : يخير فى البيع أو البقاء لبيع إن خرج من الثلث وشاء العبد ، لأن

ذلك وصية للعبد ، إلا أنه لا يوضع لمشترى شىء ، لأنه بيع غير مقرر ولم يخص أحداً بعينه لشرائه.

وإذا أوصى أن يباع عنده ممن أحب ، أو من فلان فأعتقه الورثة فليس لهم ذلك، وليبيعوه منه بوضيعة الثلث .

ولو قال : بيعوه ممن يعتقه ، فشاء الورثة كلهم عتقه ، فذلك لهم ومن «المجموعة » قال ابن كنانة فى الموصى أن يباع ممن أحب فلا يقام للمزايدة ، ولكن يجمع له الإمام ثلاثة أو أربعة فيقوم ثم يحط ثلث تلك القيمة .

وإن أوصى مع ذلك بوصايا لم يبدأ عليها ولو أحب العبد أن يشتريه رجلان.

قال أبو محمد : يريد هذا أو هذا فليتزايدا عليه، فمن وقع له وضع عنه ثلث ذلك الثمن .

قال أبو محمد : أراه يريد أن يتزايدا على أن يحط الثلث ، وإلا فلم يحطا وقد تطوعا بالزيادة .

قال ابن كنانة : وكذلك لو قال بيعوه رقبة للعتق قومه العدول ثم يحط ثلث تلك القيمة ، ويبدأ هذا على أهل الوصايا .

وقال أشهب فى الذى يباع ممن أحب : إن حمله الثلث ولم يجدوا من [ق/ ٢٥/ ٩ب] يأخذه بوضيعة الثلث فله أن ينتقل إلى غيره ممن أحب وإلى ثالث ما لم يطل ذلك حتى يضر بالورثة .

م : **قال بعض القرويين** : وإذا أوصى أن يباع عبده من فلان يجعل فى الثلث قيمة رقبة العبد .

وإذا باع عبده فى مرضه وحابى فيه تجعل فى الثلث المحاباة .

والفرق بتل البيع على نفسه وعلى الورثة ، والذى أوصى أن يباع إنما ألزم ذلك الورثة ولم يلزم نفسه ، لأنه لو عاش لم يلزمه من ذلك شىء.

وإذا أوصى أن يباع عبده من فلان فكان قيمة العبد ثلثين ديناراً ، أو أوصى لرجل بعشرة أو بعشرين وترك من المال سوى العبد ستين ، فوصيته كلها جائزة لأن ثلثه حملها ، لأن ما أوصى به من الدنانير يجعل فيما يأخذه الورثة من الذى أوصى أن يباع منه العبد ، لأن العبد قيمته ثلاثون يحط لمشتريه عشرة ويؤخذ منه عشرون

فجعل ذلك فى وصية الميت .

فيمن أوصى بعتق عبده أو جاريته ، أو بيعها رقبة فلم يقبلا

قال مالك : ومن أوصى فى مرضه بعتق عبده فلم يقبل العبد، فلا قول له ، وهو حر إذا مات سيده من الثلث ، أو ما حمل من الثلث منه.

قال أصبغ : وكذلك الجارية .

قال: وإن أوصى أن تباع جاريته ممن يعتقها، فقالت الجارية : لا أريد ذلك فإن كانت الجارية من جوارى الوطء فذلك لها ، وإلا بيعت ممن يعتقها.

قال أبو زيد عن ابن القاسم : وإن اختارت الرائعة أن تباع بغير شرط العتق ، فللورثة حبسها أو بيعها .

محمد : فإن بيعت بغير شرط العتق لم يوضع من ثمنها شىء.

وإن بيعت بشرط العتق ، وضع ثلث ثمنها.

وقال أشهب فى « المجموعة » فى التى أوصى أن تباع للعتق : فإن أراد السيد الضرر بها ، مثل أن تعصيه والرجاء لمثلها فى الملك ، أفضل أن تتخذ للولد . وإذا عتقت لم يتزوجها أحد إلا أوباش الناس فلها أن تأبى .

وإن كانت من الوخش فليتبع للعتق وإن كرهت ، لأن العتق أرجى لها، لأنها فى الملك تمتهن وتستخدم .

وقال ابن المواز : ولأن العتق أضر بالجارية النفيسة .

وقد أبطل مالك وصية ابن سليمان أن تعتق جواريه بعد سبعين سنة ورآه من الضرر .

قال سحنون فى « المدونة » و « المجموعة : وقد قيل : لا يلتفت إلى قولها ، كانت رائعة أو غير رائعة وتباع للعتق إلا أن لا يوجد من يشتريها بوضيعة ثلث الثمن.

وذكر ابن حبيب عن ابن القاسم مثل ما تقدم من التفرقة بين الرائعة وغيرها.

قال: **وقال أصبغ** : وكذلك لو قـال لورثته : أعتقوها ، فـقالت : لا أحب ، فهو مثل قوله بيعوها ممن يعتقها . فى القياس ، ولكنى أستحسن إن حملها الثلث أن تعتق .

فإن لم يحـملها ، أو كان إنما قـال : يعتق نصـفها أو ثلثـها ولم ترد ذلك وهى رائعة ، فالقول قولها .

وهذا إذا قال افعلوا ، ولم يقل هى حرة إذا مت ، أو نصفها حر . فأما إذا قال هذا فلا ينظر إلى قولها وينفذ ذلك .

فصل

ومن « **العتـبية** » و « **المجمـوعة** » : **قال ابن القاسم** عن مالك فى الموصى لها أن تخير فى البيع أو العتق ، فذلك لها.

فإن اختارت البيع ثم بدا لها فى العتق قبل أن تباع ، فذلك لها.

قال ابن القاسم : وإن اختارت العتق فلم تقوم حـتى بدا لها فى البيع فذلك لها عندى.

فإن قـالت : بيعونى من فلان ، وقـالوا : نبيعك فى السـوق ، فذلك لهم ولا يوضع من ثمنها شىء وإن اختارت البيع فأرادوا حبسها فليس ذلك لهم إلا برضاها.

وإن رضيت ترك البيع وأن يبقى لهم ثم شاؤوا بيعها ، فذلك لهم ، قال عنه أبو زيد .

وإن اختـارت البيع أو العـتق ثم رجعت عـنه ، فإن كانـت فى غير إيـقاف من سلطان ولا بحضـرة عدول ليخبـروها فيشهدوا بذلك ، فـلها الرجوع ما لم يوقـفها القاضى أو تشهد البينة بما اختارت.

قيل : فإن سـألها الشهود عن رأيـها فى نفسها ولم يـقفوها للاختيـار فى أمرها وقطع اختيارها ؟

قال: ذلك عندى سـواء أوقفوهـا للقطع ما فى يدها ، أو لم يوقـفوها إلا على وجه الاختيار ، فلا رجوع لها وهو سواء .

قال عنه عـيسى وابن عـبدوس . وإن اختـارت البيع ثم ردت بعـيب فأرادت أن

ترجع إلى العتق ، فليس لها ذلك .

قال ابن وهب : بل لها ذلك لأن بيعها لم ينفذ.

قال مالك : وإن أعتقها بعض الورثة قبل أن تخير فليس عتقها بشيء وتباع إن أحبت، وقاله ابن القاسم.

فيمن اشترى ابنه أو أباه فى مرضه ، أو أوصى بشرائه بعد موته

قال مالك : ومن اشترى ابنه فى مرضه جاز أن يحمله الثلث وعتق وورث باقى [ق/ ٢٦/ ٩ب] المال إن كان وحده ، أو حصته مع غيره.

قال ابن المواز : اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه ما حمل الثلث ولم يرثه.

قال عيسى : عن ابن القاسم فى « العتبية » : شراؤه إياه جائز لا يرد فإن حمله الثلث عتق وورث ، وإن لم يحمله الثلث عتق منه ما حمله الثلث ورق ما بقى للورثة.

فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق ما بقى عليهم .

قلت : فإن اشترى إياه بماله كله وورثته ممن يعتق عليهم ، أيجوز اشتراؤه إياه؟

قال: شراؤه جائز ويعتق عليهم .

وسئل عنها سحنون ، فقال : قد اختلف فى ذلك كله ، فذكر عن ابن القاسم مثل ما فى « المدونة » .

قال : وقال ابن وهب : إذا اشترى ممن يعتق عليه وكان يحجب من يرث المشترى ويرث جميع المال كان ابنه أو غيره فإنه يجوز شراؤه إياه بجميع ماله أو بما بلغ ، ويعتق عليه ، ويرث ما بقى إن بقى شيء .

وإن كان لا يحجب وله من يشركه فى ميراثه ، فلا يجوز له أن يشتريه إلا بالثلث ، ولا يرثه لأنه إنما يعتق بعد موت المشترى وقد صار المال لغيره .

قال سحنون : وقال أشهب : لا يجوز له أن يشتريه إلا بالثلث كان ممن يحجب أو ممن لا يحجب ولا يكون له من الميراث شيء .

وقال غيرهم : كل من يجوز له استلحاقه جار اشتراؤه بجميع ماله، شركه فى

الميراث غيره أو لم يشركه ، لأنه لو استلحقه ثبت نسبه وميراثه .

م: وكذلك روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ، قال : ولا يجوز له أن يشترى سوى الابن من الآباء والأمهات والإخوة والأخوات ، لأنه لا يستلحقهم وهذا قول المدنيين ، ابن دينار وابن نافع وغيرهما .

قال: **وقال ابن القاسم** عن مالك : له أن يشترى الابن والأب وغيره بالثلث ويرثه ، وقاله أصبغ.

وقال ابن المواز : اختلف قول أشهب ، فقال مرة : له شراء ابنه بماله كله إذا لم يكن معه وارث يشاركه ، أو يكون ثمَّ وارث يرث فى رق الولد ويحجبه الولد أن لو كان حرًا .

فأما إن كان معه مشارك فى الميراث ، فليس له أن يشتريه إلا بالثلث فأقل ، وكذلك يقول فى كل من يعتق عليه ، وأنكر قول مالك : لا يشتريه إلا بثلثه، ولم يفصل .

وروى عنه البرقى جوابًا كقول مالك.

م: **قال بعض فقهاء القرويين:** لا يجوز عند ابن القاسم أن يشتريه بأكثر من ثلثه، يريد على مذهبه فى « المدونة » .

قال : ووجه هذا القول كأنه يقول : إنما للميت التصرف فى ثلثه ، فإذا اشترى به ابنه جاز ، والحكم يوجب له الميراث ، لأن نسبه منه كان ثابتًا قبل اشترائه.

فإن قيل : فالعتق لا يصح إلا بعد التقويم ، فكيف يصح وقد مات عنه السيد وهو فى حكم العبيد ؟ قيل : هذا هو القياس .

وقد **قال أصبغ** : لا يرث بحال، لأنه لا يعتق إلا بعد الموت .

واستثقل ابن عبد الحكم توريثه إذا اشتراه فى مرضه بثلثه ، وقال : كيف يرثه وهو لو أعتق عبدًا بتلاً لم يوارث أحرار ورثته حتى يقوم فى الثلث بعد موته إلا أن يكون له أموال مأمونة ، ولكنه استسلم لقول مالك : ابتاعا له.

وقال أشهب : فإن اشترى ابنه وأخاه فى مرضه ، فإن كان ذلك واحدًا بعد واحد بدأ بالأول فالأول فى ثلثه .

فإن كانا فى صفقة ، فعلى قياس قول مالك يتحاصان.

وفى قولى أبدأ بالابن وأعتقه إن كانا أكثر من الثلث وأورثه ؛ يريد: على مذهبه الذى يرى أن يشتريه بجميع ماله إذا لم يكن معه وارث .

قال محمد : بل إن حمله الثلث بدأ به وعتق. وإن بقى من الثلث شيء عتق فيه الأخ أو ما حمل منه.

وإن اشترى أخاه أولاً ، فإن لم يحمله الثلث عتق منه محمل الثلث وعتق الابن فى بقية ماله، وورثه إن خرج كله .

وإن لم يخرج كله لم يعتق منه إلا بقية الثلث بعد الأخ ، وقاله أيضًا أشهب.

وقال فى رواية البرقى : إذا كانا فى صفقة تحاصاه.

وقال ابن القاسم: إذا اشترى أخاه فى مرضه عتق عليه منه محمل الثلث معجلاً ورق باقية وإن صار إلى من يعتق عليه بقيته.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم وإن أعتق عبدًا له فى مرضه واشترى ابنه فأعتقه ، وقيمته الثلث أن الابن مبدأ ويرثه لأن مالكًا لما جعله وارثًا كمن اشتراه صحيحًا .

م : وفى هذا الاحتجاج نظر ، لأنه إذا كان كمعتق فى الصحة فيجب أن لو بتل عتق عبده واشترى ابنه أن الابن يبدأ به ، وفى ذلك رجوع عن البتل، وهو لا يقدر أن يرجع عنه.

م: وإنما الحجة فيه أنه كمن بتل عتقه فى مرضه ، لأنه لو صح لم يكن له الرجوع فيه، وإنما ورثه استحسانًا لأنه كأنه لم يزل حرًا من يوم اشترائه ، ألا ترى أن المبتل فى أحد القولين إذا اغتل غلة بعد التبتيل أنه يقوم وحده فى الثلث ، وكأن الغلة لم تزل ملكًا له من يوم التبتيل .

قال ابن القاسم : ومن أوصى أن يشترى أبوه بعد [ق / ٢٧ / ٩ب] موته فإنه يشترى ويعتق فى ثلثه ، وإن لم يقل: فأعتقوه .

يريد : وكذلك كل من يعتق عليه إذا أوصى بشراء أبيه.

فيمن شرط فى وصيته إن مات من مرضه أو فى سفره، ثم برئ أو قام

قال ابن القاسم : ومن قال لعبده لفظًا بغير كتاب ، أو بكتاب أقره عبده إن مت من مرضى هذا أو سفرى فأنت حر ، وقال : لفلان كذا ، فهذه وصية عبد ملك ، وله أن يغيرها ويبيع العبد إن شاء .

وإن مات قبل أن يغيرها جازت من ثلثه إن مات من مرضه ذلك أو فى سفره.

قال مالك : فإن قام من سفره أو برئ من مرضه فلم يغيرها حتى مات ، فذلك باطل ولا ينفذ منه شيء ، إلا أن يكون كتب بذلك كتابًا ووضعه على يد رجل فلم يغيره بعد قدومه أو إفاقته وأقره على حاله ولم يقبضه حتى مات ، فهذه وصية تنفذ فى ثلثه .

قال سحنون : يريد لم يغيره ولم يقبضه ، فهذه نافذة .

وإن أخذه منه بعد البرء أو القدوم وأقره فى يده حتى مات فهى باطلة وإن أشهد عليها .

م : وهكذا ذكر ابن المواز عن ابن القاسم مشروحًا .

وقال أشهب : إذا كان فى وصية هذا الشرط فمات فى مرض ثان أو سفر ثان تقدمت ، لأنه لما أقرها فى المرض الثانى فكأنه عناه ، وسواء قال : إن مت من مرضى هذا ، أو فى مرضى .

وكذلك فى السفر إذا مات فى سفر آخر .

وإن مات عن غير مرض أو عن غير سفر لم يجز .

وإن كانت وصية مبهمة فهى جائزة ، مات فجأة أو عن مرض أو فى سفر أو حضر ، يريد إن كانت وصيته فى يده .

وقال أشهب فى « المجموعة » : والاستحسان أنه إن مات فى غير سفر ولا مرض أنها تنفذ إذا لم يغيرها ، لما علم أن قصد الناس فى ذكر السفر والمرض تخصيص ذلك، ألا ترى أن لو كتب :إن مت فى سفرى، فبغته الموت قبل أن يسافر لكانت نافذة.

م: **وقال بعض الفقهاء** : وهذا بيِّن إذا بغته الموت ، فأما إذا سافر فرجع فالأشبه سقوطها ، إلا أن يضعها على يدى عدل ولم يأخذها منه ، إلا أن يكون عادة من أراد الوصية أن ذكرهم السفر والمرض لغو ، وأن القصد منهم الموت لا يقصدون هذا السفر بعينه ولا هذا المرض بعينه، فيكون كما قال أشهب .

وفى «المجموعة» من رواية عن مالك فيمن كتب وصيته : إن مت من مرضى هذا ، فعاش بعدها سنين ثم مات، فوصيته تلك بيده لم يغيرها ولا أحدث غيرها، لأنها نافذة جائزة .

وقال عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى « العتبية » : إذا وجدت وصية رجل بعد موته مكتوبة بخطه وشهد الشهود أنها خطه لا يشكون فيه ، فإنها لا تنفذ ولا يجوز منها شىء ، إلا أن يكون قد أشهد فيها على نفسه وإلا فلا تجوز .

وكذلك روى ابن القاسم عن مالك فى «المجموعة » ، قال فيها : إذا شهدوا أنه كتابه بيده فلا تجوز لأنه لعله لم يعزم عليها وإنما كتبها ووضعها.

وقال فى « كتاب ابن المواز » فى الأول من الوصايا : وإذا أتى إلى الشهود بوصيته وقرأها عليهم إلى آخرها ، قال : لا تنفذ إلا أن يقول لهم : اشهدوا علىَّ بما فيها ، ولم يجعل إتيانه بها إليهم وقراءتها عليهم بنفسه مما ينفذها.

وذكرها الشيخ أبو محمد فى « نوادره » وذكر فيها ما فى «العتبية» و «المجموعة» أنها لا تنفذ وإن قطعوا أنها خطة حتى يقول: اشهدوا علىَّ بما فيها .

ولم يذكر فيها من جميع الدواوين التى أدخل فى نوادره عن مالك ولا عن أحد من أصحابه خلاف هذا.

م: اختلف قول مالك فى «العتبية» فى الذى كتب : إن مت من مرضى هذا، أو من سفرى هذا، ثم يفيق أو يقدم ، ثم يمرض فيموت فتوجد تلك الوصية بعينها ولم يذكر لها ذكرًا .

فقال مالك مرة : إن وضعها على يد رجل فهى جائزة .

وقال أيضًا : إذا وجدت تلك الوصية ولم يغيرها فهى جائزة .

قال فى « كتاب محمد » : لأن أكثر وصايا الناس عند سفر أو مرض ثم يزول ذلك فيثق بوصيته أنها موضوعة ويقرها ، فإنها نافذة .

قال سحنون: قول مالك فى المسألة الأولى أجود ، ولا ينبغى أن تجوز ، إلا أن يجعلها عند غيره وإلا لم تجز .

قال مالك فى « المدونة » : ومن كتب وصيته عند سفره أو مرضه ووضعها على يد رجل ، ثم قدم من سفره أو برئ من مرضه ، فقبضها ممن هى عنده وأقرها بيده حتى مات، وشهدت عليها بينة أنها هى الوصية ، فهذه باطلة ولا تنفذ، وإنما تنفذ إذا إلا أن يجعلها على يد رجل .

يريد ولم يقبضها منه حتى مات.

قال أبو محمد : هذا إذا شرط فى وصيته إن مات من مرضه هذا، أو من سفره هذا ، ونحوه عن ابن القاسم فى كتاب « ابن المواز » .

وقال ابن شبلون : إذا قبضها ممن جعلها على يده [ق / ٢٨ / ٩ب] بطلت . وإن لم يشترط فيها ذلك وقبضه لها ممن هى فى يديه بطلها ، بخلاف ما لو تركها على يده وهى مبهمة حتى مات ، هذه تتقدم ولم أروه.

قال مالك : ومن كتب وصيته فى مرض أو صحة وأشهد عليها وأقرها عنده حتى مات ، فهى جائزة .

قال ابن القاسم: وهذا إذا كانت الوصية مبهمة لم يذكر فيها موته من مرضه ولا فى سفره ، وإنما كتب فيها : متى ما حدث بى حدث الموت ، أو إن حدث بى حدث الموت ، وأخرجها من يده أو كانت على يده فهى جائزة إذا أشهد عليها الشهود.

فى الإشهاد على الوصية وفى تغييرها

قال ابن القاسم : **قال مالك** : ومن كتب وصيته بغير محضر البينة ولا قرأها عليهم فدفعها إليهم مكتوبة وقال لهم : اشهدوا علىَّ بما فيها ، فذلك جائز إذا عرفوا الكتاب بعينه فليشهدوا عليها.

وقال ابن وهب عن مالك مثله ، إذا طبع عليها ودفعها إلى نفر وأشهدهم أن ما فيه منه ، وأمرهم أن لا يفضوا خاتمه حتى مات ، فذلك جائز.

محمد : وقال أشهب : ذلك جائز ، كانت مختومة أو منشورة ، قرأها عليهم أو لم يقرأها إذا قال : لهم : اشهدوا علىَّ بما فيها وأنها وصيتى وأن ما فيها حق.

وكذلك لو قرأوها هم عليه وقالوا: نشهد بأنها وصيتك ؟

فقال برأسه : نعم ، ولم يتكلم ، فذلك جائز .

ومن « العتبية » : قال أصبغ : وسألت ابن وهب عن امرأة أوصت ودعت شهودًا، فقالت : هذه وصيتى وهى مطبوعة ، اشهدوا علىَّ بما فيها لىَّ وعلىَّ ، وقد أسندتها إلى عمتى وما بقى من ثلثي فلعمتى ، ثم ماتت ففتح الكتاب فإذا فيه : وما بقى من ثلثى فلليتامى والمساكين والأرامل؟

قال : أرى أن يقسم بقية الثلث بين العمة وبين الصنوف الآخرين نصفين بالسواء، كما لو كانت لرجلين ، وسألت عنها ابن القاسم فقال فى مثله سواء.

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم عن مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا أن من أوصى فى صحة أو مرض بعتق غيره فإن له أن يغير من ذلك ما بدا له ويصنع فيه ما شاء ما لم يمت ، أو يطرح تلك الوصية ويبدلها بغيرها.

قال فى « كتاب محمد » ولا يرجع فيما بتله.

ومن « المجموعة » : قال ابن الماجشون : من صدر وصيته وكتب فيها : إن فلانًا حر، وفلانًا حر.

قال : إذا أجراها مجرى الوصية فله الرجوع فيها.

ابن القاسم : وإن كتب فى أمته أنها مدبرة إن لم أحدث فيها حدثًا ، فهذه وصية .

قال فى « المجموعة » : إلا أن يفهم من قوله أنه أراد التدبير ، فليس له أن يغير ذلك فيها .

وإن قال: عبدى مدبر بعد موتى فهو كالوصية .

وقال عنه محمد : وإن قال: إن مت من مرضى هذا فعبدى مدبر ، فلا يرجع فيه.

وقال أصبغ : ينزل منه منزلة التدبير ، ولو دبره على غيره فله أن يرجع فيه.

ومن « **كتاب المدبر** » : ومن قال : عبدى حر بعد موتى ، فإن أراد التدبير ، فهو مدبر وإلا فهى وصية .

وقال أشهب : إن قال ذلك فى غير إحداث وصية فهو تدبير.

فيمن قال فى وصيته : كل مملوك لى مسلم حر أو قال : عبدى حر بعد موتى بشهر

قال مالك : ومن قال فى وصيته إن مت فكل مملوك لى مسلم حر، وله عبيد مسلمون ونصارى، ثم أسلم بعضهم قبل موته ، لم يعتق منهم إلا من كان يوم الوصية مسلمًا ، لأنه لا أراه أراد غيرهم.

م : **قال بعض الفقهاء القرويين** لعله فهم منه أراد عتق هؤلاء بأعينهم، فإن لم يكن قصد فالأشبه دخول من أسلم فى وصيته ، لأن الموصى إنما يوصى فيما يكون له يوم الموت لا بأعيان من كان عنده ، ألا ترى لو قال : إذا مت فعبيدى أحرار ، فعنده عبيد يوم أوصى فباعهم واشترى غيرهم عبيدًا أخر فمات عنهم ، لكانت الوصية فى الذين مات عنهم ، ولو كان القصد من كان عنده يوم أوصى لوجب أن لا يدخل من اشترى واختلف إن اشترى بعد الوصية عبيدًا مسلمين، فقال ابن المواز عن ابن القاسم : إنهم يدخلون فى الوصية.

وقال ابن حبيب عن أصبغ لا يدخلون فيها.

قال ابن المواز : وإن لم يكن فى عبيده يوم الوصية مسلمون ، هاهنا من أسلم من عبيده أو اشتراه مسلماً يدخل فى الوصية.

قال ابن القاسم فى « المدونة » : ومن قال فى وصيته : أعتقوا عبدى بعد موتى بشهر ، أو قال : هو حر بعد موتى بشهر ، فهو سواء : قال: لم يحمله الثلث خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوا الآن منه محمل الثلث بتلاً .

فإن أجازوا الوصية خدمهم تمام الشهر ثم يخرج جميعه حرًا ، وهو قول مالك .

وكذلك لو حمله الثلث خدم الورثة شهرًا ثم جزئ .

فيمن قال : فلان وصيى،
أو قال : وصيى فى كذا ، أو إلى مدة كذا [ق / ٢٩/٩ب]

قال ابن القاسم : ومن قال : اشهدوا أن فلانًا وصيى ، ولم يزد على هذا فهو وصيه فى جميع الأشياء وإنكاح صغار بنيه ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن والثيب بأمرها ، وفى النكاح إيعاب هذا.

قال مالك فى « كتاب محمد » : ومن قال : فلان وصيى ، فقد بالغ فى الإيصاء، ويكون وصياً على كل شيء كمن سميت له الأمور.

قال ابن القاسم وأشهب : وإذا أوصى بماله فهو وصى على ماله وولده.

قالا فى « المجموعة » : وإن قال فلان وصيى على ولدى ، كان إليه فيهم جميع الأمور من مال وغيره.

ومن « المدونة » : وإن قال : فلان وصيى على كذا ـ لشيء خصه ـ فإنما هو وصيه على ما سمى فقط .

وإن قال : فلان وصيى على قضاء دينى واقتضائه ، أو قال فلان وصيى على مالى ، أو فلان وصيى على بضع بناتى ، أو قال : فلان وصيى حتى يقدم فلان فيكون القادم وصيى ، فذلك كله جائز ويكون كما قال .

م : وينبغى أن لو مات فلان قبل أن يقدم لكان هذا وصياً ، لأنه إنما خلع هذا بقدوم فلان الغائب ، فمتى لم يقدم فهو باق على الوصية .

قال بعض الفقهاء : فلو قدم فامتنع ، فالظاهر أن الأول قد سقط ، لأنه علق نظره بغيبة فلان ، فمتى قدم لم يكن له نظر إلا أن يكون المفهوم عنه أنه إذا جاء فقبل فيكون الوصى له ، فمتى قدم فلم يقبل الوصية وجب أن يبقى هذا على ما كان عليه .

ومن « المدونة » : قيل لمالك : فلو قال : فلان وصيى على قبض ديونى وبيع تركتى ، ولم يوص إليه بأكثر من هذا ، هل له أن يزوج بناته ؟

فقال مالك : لو فعل ذلك رجوت أن يكن مجزيًا ، ولكن أحب إلىَّ أن يرفع ذلك إلى السلطان فينظر السلطان فى ذلك .

محمد : وقال أشهب : له أن يزوج ولا يرفع إلى السلطان ، وقاله ابن القاسم.

وقال ابن القاسم : قال مالك فيمن أوصى بميراث بنت له صغيرة أن يدفع إلى فلان ، أترى أن يلي بضعها؟

قال : نعم ، وأراه حسنًا أن لو رفع ذلك إلى الإمام فينظر فيه.

فى وصى الوصى ووصى الأم والجد والأخ

قال مالك : وإذا مات الوصى فأوصى إلى غيره ، جاز ذلك وكان وصى الوصى مكان الوصى فى النكاح والبيع وغيره .

قال يحيى بن سعيد : وإذا كانا وصيين أو ثلاثة فأوصى أحدهم عند موته بما أوصى به إليه من تلك الوصية إلى غير شريكه جاز ذلك ، وقاله أشهب وأباه سحنون.

وقال يحيى بن عمر : قال سحنون : لا يجوز لأحد الأوصياء أن يوصى إلى أحد، وإنما ذلك إلى الحاكم إن رأى أن يجعل مع الوصيين رجلاً مكان الميت فعل ، وإن رأى أن يقرهما ولا يجعل معهما غيرهما فعل.

وكذلك فى « العتبية » عن سحنون ، ووجه ذلك أنه لا يستبعد أحد الأوصياء بفعل دون صاحبه .

وإذا أوصى هو إلى غيره صار مستبدًا بذلك دون الآخر ، فلذلك لم يجز .

فصل

قال ابن القاسم : وللمرأة أن توصى فى مالها فى إنفاذ وصاياها وعلى قضاء دينها.

وإن لم يكن عليها دين فلا يجوز إيصاؤها بمال ولدها الطفل، إلا أن تكون وصية للأب وإلا لم يجز .

وسئل مالك عن امرأة أوصت بتركتها إلى رجل ولها ولد صغير، والذى تركت نحو ستين دينارًا ، فأجاز ذلك وخففه وجعل الرجل الذى أوصت إليه وصيًا على ذلك إن كان عدلاً.

قال ابن القاسم : وذلك رأى ، وهو عندى فيمن لا أب له ولا وصى.

قال فى « كتاب القسم » : وذلك من مالك استحسان ولـيس بقياس وقال غيره: لا تجوز وصية المرأة بمال ولدها فيما قل أو كثر .

قال سحنون : قول غيره أعدل .

قال ابن القاسم : وإذا كانت تركة المرأة كثيرة لم يجز ذلك ونظر فيه الإمام.

وإذا هلك رجل وله أخ صغير فريد، ولا أب لأخيه ولا وصى ، فأوصى بتركته التى يرثها أخوه منه وبأخيه لرجل ، فإن كان الأخ وصيًا على أخيه جاز ذلك ، وإلا لم تكن وصيـته تلك وصية وإن قـل المال ، وذلك إلى السلطان إن رأى يقره ، وإلا جعل غيره ، بخلاف الأم لأن الأم يجوز لها فى ولدها أشياء كثيرة ، ولا تجوز للأخ ولو أجزته للأخ لأجزته للعم والعـصبة وكذلك الجد إذا هلك وفى حـجره ولد ابنته صغـير ، لا أب لهم ولا وصى ، فـأوصى الجد بهم إلى رجل ، فـإن لم يكن الجد وصيًا لهم لم يجز ذلك .

وفى «كتاب القسم» شىء من هذا .

فى الوصى يقبل الوصية ثم يبدو له ، وكيف إن قبل بعضها

قال مالك : وإذا قبل الوصى الوصية فى حياة الموصى فلا رجوع له بعد موته.

محمد : قال أشهب : ولو قبلها فى حياته ثم بدا له قبل موته ، فذلك له لأنه لم يغره ، لأن هذا يقدر على الاستبدال .

قال أشـهب : ولو قبل الوصـية بعـد موت الموصى ، أو جاء منـه ما يدل على رضاه من البيع والاشـتراء لهم مما يصلحهم والاقتضـاء أو القضاء عنهم [ق / ٣٠/ ٩ب] وغير ذلك لزمته الوصية .

وإذا أبى من قبولها فى حياته وأبى منه أيضًـا بعد مماته ، ثم أراد قبولها فليس له ذلك إلا أن يجعله السلطان على وجه النظر ويولى غيره لحسن نظره.

م : وهذا خلاف ما تقدم لأشهب إذا قبل الوصية فى حياة الموصى ثم بدا له فى حياته.

قال : ذلك له ، لأنه لم يغـره لأنه يقـدر على الاستـبـدال ، لأن قبـول ذلك السلطان كقبوله للأب .

ومن « العتبية» : روى أصبغ عن ابن وهب فيمن أوصى إلى الرجل بوصية وبما كان وصيًا عليه ، فقبل وصيته فى نفسه ولم يقبل ما كان عليه وصيًا .

قال : فذلك له ، وليقم الإمام من يلى أمر الأول .

قال أصبغ : وصية الأول هى من وصية الثانى ، فإما قبل الجميع أو ترك.

فإن قبل بعضها فهو قبول للجميع وتلزمه كلها.

م: والذى أرى أن يقول له الإمام : إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع ، ألا ترى أن للإمام أن يقره على ما قبل ويقيم من يلى وصية الأولى ، فذلك له .

فى الوصية إلى غير العدل ، أو إلى الكافر ، ووصية الكافر إليهم ، ووصية الرجل إلى مكاتبه أو عبده

قال ابن القاسم : قال مالك : لا يجوز إسناد الوصية إلى غير عدل والعدل إن أوصى إليه .

محمد : وقال مالك وأصحابه .

قال فيه وفى « المدونة »: لا تجوز الوصية إلى ذمى ، لأنه غير عدل .

قال محمد : ولا تجوز إلى حربى وهو أشد ، وقاله ابن القاسم وأشهب .

ومن « العتبية» : قال ابن القاسم وكره مالك الوصية إلى اليهودى والنصرانى، وكان قد أجازه قبل ذلك.

قال ابن القاسم : وإذا كان على صلة الرحم ، يكون أخوه أو أبوه نصرانيًا وأخواله فيصل بذلك رحمهم ، فلا بأس به وهو حسن ، وأما غير ذلك فلا.

قال عنه عيسى : وأما الأباعد فلا يعجبنى .

قال ابن المواز وابن عبدوس : ولا يجوز أن يوصى إلى صبى أو ضعيف أو معتوه أو مأبون ، ولا يجوز ذلك من النصارى إذا كانوا بهذه الأحوال.

محمد : **قال ابن القاسم وأشهب** : ومن أوصى إلى محدود فى قذف ، فذلك جائز إذا كان ذلك منه فلتة وكان ممن ترضى حاله . وإن لم يريد حسن حاله إذا كان يوم حده غير مسخوط ، فأما من حد فى زنا أو سرقة أو خمر فلا يقع فى مثل هذا من له ورع، ولا تجوز الوصية إليه إلا أن تحدث له توبة وتورع يعرف فضله فيه، فتجوز الوصية إليه .

قال: وتجوز وصية الذمى إلى الذمى ، لأنه على ملته.

قال أشهب : ولو أوصى ذمى إلى حربى لم يجز ولو كان مستأمنًا ولو أوصى الحربى المستأمن إلى ذمى جاز .

قال : وتجوز وصية الحربى أو الذمى إلى المسلم .

قال فيه وفى « المدونة » : ومالك وابن القاسم : وإذا أوصى ذمى إلى مسلم ، فإن لم يكن فى تركته خمر وخنازير ولم يخف أن يلزم بالجزية ، فلا بأس بذلك.

محمد : وقال أشهب : وأنا أكره خوفًا أن يلزم بالجزية ، وليس ببين فى الكراهة ، ولو قيل لجاز ولزمته .

وإن كان غير ذلك فلا بأس به . وإن كان فيها خمر أو خنازير فتكون الوصية فيما سوى الخمر والخنازير .

ابن حبيب : قال ابن الماجشون : وأما الذمى يوصى إلى الذمى وفى تركته خمر أو خنازير أو غيره. مما يستحلونه ، فلا أمنعه قسمته بينهم.

فصل

قال ابن القاسم : ومن أسند وصيته إلى مكاتبه أو عبده ، جاز ذلك.

فإن كان فى الورثة أكابر فقالوا: نحن نبيع العبد ونأخذ حظنا ، اشترى للأصاغر حصة الأكابر منه إن كان لهم مال يحمل ذلك ، فيكون العبد وصيًا .

وإن لم يكن فى مالهم ما يحمل ذلك وأضر بهم بيعه ، باع الأكابر حصتهم منه خاصة وترك حظ الأصاغر فى العبد يقوم عليهم ، إلا أن يضر ذلك بالأكابر ويأبوا ، فيقضى على الأصاغر بالبيع معهم.

فى فعل أحد الوصيين واقتسامهما المال

قال مالك : ومن أوصى إلى وصيين فليس لأحدهما أن يزوج دون صاحبه، إلا أن يوكله صاحبه ، فإن اختلفا نظر السلطان فى ذلك .

قال ابن القاسم : ولا يجوز لأحدهما بيع ولا شراء ولا أمر دون الآخر.

قال غيره : لأن إلى كل واحد منهما ما إلى صاحبه ، وكأنهما فى فعلهما فعل واحد.

فصل

قال ابن وهب : قال مـالك : وإذا أوصى رجل إلى قوم ، فلا يقـتسمـون ماله ويكون عند أفضلهم قال عنه ابن القـاسم : وإذا اختلف الوصيان عند من يكون المال منهما ، فليجعل عند أعدلهما ولا يسهم بينهما .

قال ابن القاسم : فإذا استويا فى العدالة جعله الإمام عند أحرزهما أكفأهما.

قلت: فإن أخذ أحدهما بعض الصبيان عنده وقسما المال، وأخذ كل واحد منهما حظ من عنده من الصبيان .

قال: قد أخبرتك أن مالكًا قال: لا يقسم المال ويكون عند أعدلهما.

قال ابن حبيب فى « كتاب الصدقات » : قال ابن الماجشون : إذا اقتسم الوصيان المال ضمـناه ، فإن هلك مـا بيد أحـدهما ضمـنه صاحبـه حين [ق / ٣١/ ٩ب] أسلمه إليه.

وقال أشهب فى «كتابه» : لو قسمـاه لم يضمناه ، لأن الموصى قد علم أنه لابد أن يلى ذلك وأخذ منهما.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا يخاصم أحد الوصيين خصمًا للميت إلا مع صاحبه ، ومن ادعى على الميت بدعوى وأحدهما غائب فليقم المدعى بينة ويثبت حقه ، قدر على أحد الوصيين أو لم يقدر ، ولأنا نقضى على الغائب .

فإن جاء الوصى الغائب بعد ما قـضى القاضى على أحد الوصى الحاضر فكانت له حجـة على الميت جهلها الوصى الحـاضر ، نظر فى ذلك القاضى ، فـإن رأى ما يدفع به حـجـة هذا المستحق دفـعهـا ، ورد الحق إلى ورثة الميت ، وإن لم يرد ذلك أنفذه.

فى بيع الوصى وشرائه وتأخيره بالدين وحوالته به

قال مالك : ولا يبيع الوصى عقارًا لليتامى، إلا أن يكون ذلك وجهة نظر ، مثل أن يكون دارًا ليس فى غلتـهـا ما يحـمله ، ولا مـال لليتـامى ينفق عليـهم منه، أو يجاوزه ملك يحتاج إليه فيرغب فى الثمن ، فـيعطى ثمنًا فيه غبطة وما أشبه ذلك ، فلا بأس حينئذ ببيعها.

وأما على غير ذلك فلا .

قال عـنه فى « المجمـوعة » : لا يباع ربعـهم إلا فى ثلاث وجوه : فى دين على الميت ، أو فى حاجة ، أو خوف أن يخرب .

م : **قال بعض أصـحابنا** : وللأب أن يبيع على ابنه الصـغير عقـاره ولا يعرض عليه ، بخلاف الوصى .

قال: ولا يهب الوصى ربع الصغـير للثواب ، لأن الهبة للثواب إذا فـاتت جيد الموهوب فإنما عليه قيمتها وهو لا يبيع بالقيمة سواء.

والأب يهب مـالك ولده للثواب بخـلاف الوصى ، لأن الوصى إنما هو بسـبب الوالد ، فهو أضعف حكمًا منه .

م : والوصى العدل كالأب ، يجوز له ما جاز للأب ، لأنه أقام مقام نفسه .

ولا يجوز للأب أن يبيع عقار ولده إلا لوجه نظر ، كما قال فى الوصى ، والله أعلم.

ومن « المدونة » : قال مـالك : وعبـد اليتـامى إذا أحسن عليـهم القيـام وحاط عليهم، فليس للوصى أن يبيعه إن كان بهذه المنزلة .

قال مـالك : ولا يشـترى الوصى نفـسه من تركـة الميت ولا يدس أو يوكل من يشترى له ، وكان ينكر ذلك إنكارًا شديدًا .

قيل له: فإن فعل ؟

قال : ينظر فى ذلك ، فإن كان فيه فضل كان لليتامى وإلا ترك فى يد الوصى.

وأتى إلى مالك رجل من أهل البادية فسأله عن رجل أسند إليـه وصيته ، فوجد فى تركته حمارين من حمر الأعراب ؟

فقال له : سوق بهما فى أهل المدينة والبادية واجتهد ، فبلغ ثمنهما ثلاثة دنانير، فأراد أخذهما لنفسه بما أعطى ، فوسع له مالك فى ذلك فاستحقه لقلة الثمن .

قال ابن الـقاسم : وإذا كـان فى الورثة أصاغـر وأكابـر فلا يبـيع الوصى على الأصاغر للتركة الأكابر .

فإن كـان الأكابر كلهم أغنياء بأرض نائيـة ، والتركة حـيوانًا أو رقيقًـا أو ثيابًا ،

فللوصى أن يبيع ذلك ، يجمعه ويرفع ذلك إلى الإمام حتى يأمره ويأمر من يجامعه البيع للغائب .

فصل

ولا يجوز للوصى أن يؤخر الغريم بالدين إذا كان الورثة كباراً .

وإن كانوا صغاراً جاز ذلك على وجه النظر لهم ، ولم يجزه غيره وهو أشهب.

قال : لأنه معروف .

قال يحيى : ولأنا نجوز حيز الغريم .

م : وحكى اللبيدى عن أبى محمد أنه قال: إنما يجوز تأخير الوصى للحالف : لأقضينك إلا أن تؤخرنى ، والورثة صغار ، ويبرأ الحالف بذلك إذا كان على وجه النظر ، مثل أن يكون الحالف لا بينة عليه فيخاف من جحوده أو يكون كثير الدين .

فإن طلبه وفلسه اتبع للأطفال إلا بعض دينهم فى الحصاص ، وهو إن أخره رجاء أن يقتضى منه جميع دينهم ، فإن كان لمثل هذا جاز وبرئ الحالف .

وإن كان تأخيره لغير وجه نظر ، وإنما أخره الحالف من أجل يمينه لم يجز ذلك، ولا يبرأ الحالف إلا أن يكون التأخير يسيراً مما لا ضرر على الأطفال فيه ، فيبرأ الحالف ويكون مما يختلف فيه ، فقال : فيه حسن نظر ، ويقال : لا نظر فى ذلك ، فيجوز تأخير الوصى ويبرأ الحالف ، هذا معنى ما فى كتاب ابن المواز لأشهب ، وكذلك كان ابن المواز لأشهب ، وكذلك كان شيوخنا يفسرونه .

ومن «كتاب ابن المواز» : لأشهب قال : لا يؤخر الوصى بدين إليهم ، إلا لوجهة نظر من خوف جحود أو تفليس أو قام بذلك حتى يكون فى التأخير مصلحة لليتيم .

وكذلك لو وضع من دينه أو صالح عنه ، على هذا المعنى مما هو خير لليتيم .

وإن كان أمراً يرى بعض الناس أنه خير له ولا يرى ذلك بعضهم ففعله جائز .

محمد : ما لم يفعله محاباة لمن يفعله .

قال : وإذا كان بيناً أنه ليس بنظر لم يجز ورد .

قال أشهب فى «المجموعة» : وله أن يبيع متاعهم بتأخير وأن يحتال بدينهم .

فإن احتال على معدم ومفلس ، والأخير بين الفضل عليهم فى الملاء ، فاحتياله باطل والدين على الأول بحاله .

فصل

ومن «المجموعة» : قال ابن وهب عن مالك : أكره للوصى أن يأكل من مال اليتيم ،إلا أن يصيب من اللبن والتمر والعنب .

محمد : قال مالك : لا يأكل من مال اليتيم .

وقد قيل : إلا أن يكون به وبماله مشغولاً ، فيأكل بقدر عمله إن كان [ق/ ٣٢/ ٩ب] محتاجًا ، وأن يستعفف خير له .

قال : وللأب أن يأكل من مال ولده قدر ما يحكم له به ، وليس كالوصى .

وقال فى «المجموعة» : ولا أحب أن يركب دابة يتيمه ولا يتسلف ماله .

قال : والأحب للرجل أن يتسلف من مال بيده لغيره ، وأجازه بعض الناس فروجع ، فقال : إن كان مال فيه وفاء وأشهد بذلك فلا بأس به .

فيمن أوصى فقال : وصيتى عند فلان ، فصدقوه وما قال : فأنفذوه ، أو ما ادعى علىَّ فلان من دين فأعطوه ، وهل يكشف الوصى عما أنفذه

قال مالك : وإذا قال الميت : قد كتبت وصيتى وجعلتها عند فلان ، فأنفذوا ما فيها ، وصدقوه فإنه يصدق وينفذ ما فيها .

قال فى «العتبية» وغيرها : فلما مات الموصى أخرج الرجل وصيته ولا بينة فيها غير البينة على قوله هذا ، فإن كان من هى بيده عدلاً نفذ ذلك ، وقاله ابن القاسم.

وقال سحنون : تنفذ الوصية ، كان الرجل عدلاً أو غير عدل .

قال بعض الفقهاء : وهو الأشبه ، لأن الميت قد ائتمنه وأمر أن يقبل قوله ، فهو كقوله : ما ادعى علىَّ فلان فصدقوه .

قال فيها وفى «المدونة» : قال ابن القاسم : وكذلك إن قال : قد أوصيت بثلثى لابنى .

فقال ابن القاسم : لا يصدق ، لأن مالكًا قال فيمن أوصى فقال : يجعل فلان ثلثي حيث يراه ، إنه إن أعطاه لولد نفسه أو لقرابة له لم يجز ، إلا أن يكون لذلك وجه يظهر صوابه .

وقال أصبغ : يصدق ويقبل قوله ، قال : لابنى أو لنفسه ، لأن الميت أمر بتصديقه .

قال فى «المجموعة» و«كتاب محمد» : وليس هو مثل الذى يشهد لابنه ، ولا مثل الذى يوصى إلى فلان أن يجعل ثلثه حيث يراه فجعله لنفسه أو لابنه ، هذا ليس له ذلك ، لأنه فوض إليه ليجتهد ، ولو أعطى لابنه أو لقرابته كما يعطى الناس حسب ما استحق لجاز ذلك ، وأكره أن يأخذ منه شيئًا لنفسه .

فإن فعل حسب استحقاقه لم يأخذه منه ، وقاله ابن القاسم .

قال : فإن قال : لولدى أوصى به جعلته كشاهد له ، وكمسألة مالك فيما إذا قال : فلان يجعل ثلثى حيث يراه .

قال محمد : قال مالك فى هذا : إنه لا يأخذ هو منه وإن كان محتاجًا ، وإن أعطى منه ولده وكان لذلك موضعًا جاز .

وقال ابن عبدوس : روى علي عن مالك فى الذى أوصى أن يجعل ثلثه حيث أراد الله ، لا يجوز أن يعطى ذلك أقارب الميت ولكن يعطيهم كما يعطى الناس .

قال مالك : وإذا كان قد علم حين أوصاه بجعل ثلثه حيث أراد الله أنه أراد أن يرده على بعض الورثة ، فلا يجوز وليرجع كله ميراثا .

وفى «العتبية» و«كتاب ابن المواز» : قال ابن القاسم عند مالك فى الموصى إليه بالثلث حيث أراه الله ، قال : يجعله فى سبل الخير .

وإن قال : اصرفه حيث شئت ، أو حيث أحببت فصرفه إلى أقارب الموصى أو إخوته ، فلم يجز ذلك الورثة ، فليرجع ذلك ميراثًا .

قال ابن القاسم فى «العتبية» : إذا جعلها فى بعض ورثة الميت ، قيل له : اتق الله واجعلها فى غيرهم ، فإن أبى رجعت ميراثًا إن لم يجزها الورثة ، وليس للموصى أن يأخذ منه شيئًا ولا يأكله .

قال : ولا يجيزه السلطان أن يجعلها فى سبيل الله .

قال فى «كتاب محمد» : وينظر فيما فعل ، فإن كان من وجه ما يتقرب الناس به وكان فى ذى حاجة فلينفذ .

وإن كان فى غير ذى حاجة ، لأن الموصى إنما قصد به وجه الصدقات .

قال ابن حبيب عن أصبغ فيمن أوصى أن يجعل ثلثه فى أفضل ما يراه وأقربه إلى الله سبحانه ، هل يعتق به ؟

قال : إن سأل عن ذلك قبل أن يفعل رأيت الصدقة خيرًا له .

وقال مالك : والصدقة أفضل من العتق .

وروى أن النبى ﷺ قال : «**الصدقة شىء عجيب**» [1] ، ومع أنه يبقى فى العتق الولاء لورثته .

ولو حبس ففعل وأنفذه لم يرد ، كان عتقًا أو غيره ، والعتق أحب إلىَّ من الحج وإن كان ضرورة ، ولو كان حيًا كان الحج أولى له .

فصل

ومن «كتاب ابن حبيب» : قلت لأصبغ فيمن قال عند موته : علىَّ ديون ، وفلان ابنى يعلم أهلها ، فمن سأله شيئًا فأعطوه ، فإن عندنا عن ابن القاسم أنه كالشاهد ، إن كان عدلاً حلف معه المدعى وأخذ .

فقال أصبغ : ما هذا بشىء ولا أعرفه من قوله ، ولكن يصدق من جعل إليه الميت التصديق ، كان عدلاً أو غير عدل ، كقول مالك فيمن قال : وصيتى عند فلان فما خرج فيها فأنفذوه ، إن ذلك نافذ ، وما استثنى مالك عدلاً من غير عدل.

وكقول مالك فى الذى قال : من ادعى علىَّ دينارًا إلى عشرين دينارًا فاقضوه بلا بينة ، إنه جائز ، ولم يقل : إن كان عدلاً ، وألا يزاد هذا من ماله على أكثر منها ، وتعزل العشرين من رأس ماله ، وألا يعجل فيها حتى يعلم من يدعى شيئًا ، وليكتم ذلك ولا يغشه .

ولو ادعوها جماعة قال ابن القاسم : فليتحاصوا فى العشرين فقط إذا ادعى كل

---

(١) أخرجه هناد فى «الزهد» (١٠٦٤) من حديث أبى ذر رضى الله عنه وضعفه الألبانى ـ رحمه الله.

واحد منهم أقل من عشرين فأكثر فلا شيء له إلا ببينة ، ومن له بينة وهو المبدأ على صاحب العشرين .

وكذلك فى «كتاب ابن سحنون» أن صاحب البينة يبدأ على هؤلاء قال : وبلغنى عن ابن القاسم أن من ادعى عشرين كاملة فلا شيء له .

وقال عن مالك [ق/ ٣٣ / ٩ب] : يتحاص مدعى العشرين فأقل .

وفى «العتبية» : قال ابن القاسم عن مالك : يتحاص مدعى العشرين فأقل ، ومن ادعى أكثر فلا شيء له .

وقال محمد بن خالد عن ابن القاسم : من ادعى مثل ما قال الميت أعطى ذلك مع يمينه ، وكذلك فى «كتاب ابن المواز» .

قال ابن حبيب عن أصبغ : ولو قال من ادعى دينًا فحلفوه وأعطوه بلا بينة ، أو قال : بلا يمين ولا بينة ، ولم يوقف للدين نهاية فهذا يكون من ثلثه ، بخلاف الذى وقت ، وقضى به ابن موهب قاضى سليمان بن عبد الملك .

ومن «العتبية» : قال ابن القاسم عن مالك فيمن قال : كنت أداين فلانًا وفلانًا ، فهم مصدقون فيما ادعوا علىَّ .

قال : يعطوا ما ادعوا بغير يمين وقال عنه أصبغ : إذا قال : كنت أعامل فلانًا ، فما ادعى علىَّ فأعطوه .

قال : يصدق فى معاملة مثله ، وأراه ذكره عن مالك .

قال ابن القاسم : ويكون من رأس ماله ، وليس الناس فى قلة المال وكثرته سواء.

فإن ادعى ما لا يشبه بطلت دعواه ، فلم يقبل فى ثلث ولا رأس مال .

وقال : يبطل ما زاد على ما يشبه معاملة مثله .

فصل

ومن «العتبية» و«المجموعة» و«كتاب محمد» : قال مالك فيمن أوصى بعتق أو بشيء فى السبيل وغير ذلك ، وأسند وصيته إلى رجل فطلب الورثة أن ينظروا فى ذلك ، فإن كان الوصى وارثًا فلباقى الورثة أن ينظروا فى ذلك ويكشفوا عنه

والوصى .

فإن لم يكن وارثًا ، فلا يكشف عن شيء إلا عن ما يبقى للوارث بضعه من العتق الذى لهم ولاؤه .

زاد ابن نافع عن مالك فى «المجموعة» : إلا أن يكون الوصى سفيهًا مارقًا فليكشف عن ذلك كل قرب وصى لا ينفذ من الوصية شيئًا .

فى شهادة الوارث
أو غيره فى وصية أو موت

قال ابن القاسم : وإذا شهدوا اثنان أن أباهما أوصى إلى فلان ، جاز ذلك .

قال غيره : إن لم يجرا فى ذلك نفعًا إلى أنفسهما ، جاز .

فإن جرا بذلك نفعًا لم يجز .

قال ابن القاسم : وإن مات رجل شهد على الورثة امرأتان ورجل ، فإن لم تكن له زوجة ، ولا أوصى بعتق عبيد ولم يكن له مال يقتسم فشهادتهم جائزة .

قال سخنون : وقد أعلمك ما قال غيره فى شهادة النساء .

قال ابن القاسم : وإذا أقر وارث بوصية لرجل حلف معه إن كان عدلاً ، وقضى له .

وإن نكل أحد من حصة المقر ما يصير له من ذلك إن لم يول على المقر .

وكذلك إن أقر أن هذا الشيء أو العبد لفلان عند أبيه وديعة فإنه يحلف مع شاهده إن كان عدلاً ويستحقه .

وإن نكل كان له قدر مورث المقر من ذلك ومن الثانى .

وإن أقر بهذا وعليه دين يغترق ماله ، وأنكر غرماؤه ، فإن كان إقراره قبل القيام عليه بالدين ، جاز .

وإن كان بعد ما قاموا عليه ، لم يجز وكذلك إن أقر الولد بدين على أبيه ، أو بوديعة عند أبيه وقد مات أبوه ، فإن أقر الولد بذلك بعد قيام غرماء الولد عليه لم يقبل إقراره إلا ببينة ، وإقراره قبل القيام عليه جائز .

فإن كان المقر له حاضراً حلف وليستحق ، وفى «الوصايا الثانى» إيعاب هذا .

فيمن أوصى لزوجته أو لأم ولده، وكيف أن يشترط إن تزوجت نزعت الوصية والحضانة منها، ومن أوصى لحمل امرأة فأسقطته

قال مالك : قد أوصى عمر بن الخطاب إلى حفصة ، وأراه فعل ذلك لمكانها من رسول الله ﷺ .

وسئل مالك فى «العتبية» فيمن أوصى إلى زوجته فتزوجت ، فخيف على المال هل تكشف ؟

فقال : إن كانت لا بأس لم تكشف وإن خيف كشفت عما قبلها .

وإن عزلت الولد فى بيت وأقامت لهم خادمًا وما يصلحهم ، فهى أولى بهم أيضًا ، وإن لم تفعل نزعوا منها .

قال أبو محمد : أراه من باب الولاية بالوصية ، فلذلك لم يمنعها الحضانة كما منعها إياها بالتزويج إذا لم تكن لهم وصية وكان لهم من يحضنهم ، وهذه الأيام الوصية تتزوج ، فإن لم تكن لها أم ولا أخت فهى أحق من العصبة بالولد ، لأن لها ولاء من الوصية .

محمد : قال ابن القاسم : فأما المال فوجه ما سمعت فيه منه أن ينظر إلى حالها، فإن رضى حالها وسيرتها والمال يسير لم يؤخذ منها .

محمد : ولم تكشف .

وأما إن كان المال كثيراً وهى مقلة وخيف أخيها نزع المال منها ، وقاله ابن القاسم.

وهى على الوصية على كل حال ، إلا أن تكون مبرزة فى إبقائه المال عندها بعد النكاح فى الحزم واللين والحوز والستر فيقر بيدها .

قال مالك : وإن قال الميت : إن تزوجت فانزعوا للولد منها ، فأرادت النكاح فإن عزلتهم فى مكان عندها مع خادم ونفقته ، فهى أولى بهم ، وإلا نزعوا منها .

محمد : ولأن الميت لم يقل : إن تزوجت فلا وصية لها ، إنما قال : ينزعون

منها ، فالوصية لها قائمة بعد .

فإن عزلتهم فى حرز وكفاية لم يؤخذوا منها .

وأما المال فقد فسر ابن القاسم أمره حسنًا .

ومن «المدونة» : قال مالك : ومن أسند وصيته إلى زوجته على أن لا تتزوج ، فتزوجت فلتفسخ وصيتها .

قال ابن القاسم : وكذلك [ق/ ٣٤/ ٩ب] لو أوصى لأم ولده بألف درهم على أن لا تتزوج فأخذتها ، فإن تزوجت أخذت منها .

م : كما جاز أن تعطى المرأة زوجها مالاً على أن لا يتزوج عليها ، وإن كان ذلك حلالا لهما إلا أنهما منعا أنفسهما من الانتفاع بالنكاح ، لانتفاعهما بما أخذا من المال ، فمتى رجعا عن ذلك رجع عليهما بما أخذاه .

قال مالك : ومن أوصى بحمل امرأة ، فأسقطته بعد موت الموصى ، فلا شىء له إلا أن يستهل صارخًا .

فى دعوى الوصى
دفع أموال اليتامى والنفقة عليهم

قال مالك : وإذا قال الوصى : دفعت إلى الأيتام بعد البلوغ والرشد أموالهم ، وأنكروا ذلك ، لم يصدق إلا ببينة وإلا غرم ، وقد قال الله سبحانه وتعالى : **﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾** (١) .

م : لأنه وإن كان مؤتمنًا فقد دفع إلى غير من ائتمنه ، فعليه البينة بالدفع .

قال ابن المواز : قال مالك : إلا أن يطول زمان ذلك مثل ثلاثين سنة وعشرين سنة يقيمون معه ولا يطلبونه ولا يسألونه عن شىء ، ثم يطلبونه الآن ، فإنما عليه اليمين لقد دفع إليهم أموالهم .

م : لأن العرف قبض أموالهم إذا رشدوا ، فإذا أقاموا زمانًا طويلاً لا يطلبونه صاروا مدعين لغير العرف وهو يدعى العرف ، فكان القول قوله مع يمينه ، كما قالوا فى البياعات بغير اكتتاب وثائق إذا مضى من الزمان ما العادة فيه أن لا يتأخر البائعون

---

(١) سورة النساء (٦).

إليه عن قبض أثمانهم ، أن القول قول المشترى مع يمينه .

فصل

ومن «المدونة» : قال مالك : ولو قال : أنفقت عليهم وهم صغار ، فإن كانوا فى حجره يليهم فالقول قوله ما لم يأت بأمر يستنكر أو بسرف من النفقة .

قال محمد : إن كانوا فى عياله ، أو كانوا عند غيره فكان يرى ينفق عليهم ويكسوهم ، فإنه ينظر فيما زعم أنه أنفق عليهم فى تلك المدة ، فإن كان سدادًا أو الزيادة اليسيرة حلف وكان مصدقًا .

وإن جاء بسرف لم يحسب له من ذلك إلا السداد ، كما لو كان على السرف بينة لم يحسب له من ذلك إلا السداد ، وقاله ابن القاسم عن مالك .

قال فيه وفى «المدونة» : وإن كان عليهم غيره ـ مثل أمهم وأختهم أو غيرهما ـ فقال : أنفقت عليهم ، أو دفعت النفقة إلى من يليهم ، وأنكروا لم يصدق إلا ببينة وإلا غرم .

فصل

ومن «العتبية» : قال أشهب عن مالك : وينفق الوصى على الأيتام ، على كل إنسان منهم بقدره من مصابته ، ليس الصغير كالكبير .

محمد : قال ربيعة : وليوسع ولا يضيق ، وربما قال : وله أن يشترى لهم بعض ما يلهون به ، وذلك مما تطيب به نفسه وتشتهيه .

قال مالك : وإن كانت لهم سعة فليوسع عليهم ، ولا ينظر إلى صغير ، فرب صغير أكثر نفقة من كبير .

ومن «المجموعة» : قال مالك : وله أن يحججهم قبل أن يبلغوا ، وهو خير فى أدبهم ، وله أن يحججهم حجة الإسلام بعد بلوغهم .

قال ابن كنانة : وله أن ينفق على عرس اليتيم ما يصلح من ضيع وطيب ومصلحة بقدر حاله وحال من تزوج إليه ، وبقدر ذلك من كثرة ماله ، وكذلك فى ختانه .

فإن خشى أن يتهم ، رفع ذلك إلى الإمام فيأمره بالقصد من نحو ما ذكرنا .

قال مالك فى «العتبية» : وإذا زوج يتيمه وأنفق على ابتنائه له فى ختانه النفقة العظيمة ، فأما الضيع المعروف من غير شرف فجائز .

وأما ما أنفق فى الباطل وعلى اللاعبين فلا يلزم اليتيم .

قال عنه محمد : ولو أنفق عليهم سرفًا لم يحسب له عليهم منه إلا السداد ويضمن السرف ، وليزكِ مال يتيمه ويخرج عنه وعن عبيده زكاة الفطر ويضحى عنه.

قال أبو محمد : وهذا إذا أمر أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس أو كان شيئًا يخفى له .

فى الموصى يعتقها إلى أجل تجنى أو يجنى عليها ويعجل أحد الورثة عتقها

قال ابن القاسم : ومن أوصى بعتق أمته بعد موته بسنة ، والثلث يحملها ، فما ولدت بعد موته وقبل مضى السنة فهو بمنزلتها يعتقون بعتقها ، وأرش جراحها وقيمتها إن قتلت قبل السنة للورثة وتقوم كالأمة وما أفادت بعطية أو اكتسبت من الأموال فهو لها مقر بيدها ولا ينتزعونه .

وقال غيره أيضًا : ينتزعونه مالم يقرب الأجل .

م : لأنهم حلوا محل ميتهم .

وقال سحنون : لا ينتزعونه ، لأنها به قومت من الثلث .

قال ابن القاسم : وإن جنت خير الورثة فإما فدوا الخدمة بجميع أرش الجناية ، أو يسلمون الخدمة للمجنى عليه ويقاص بها فى الجناية ، فإن أوفت قبل السنة رجعت تخدم الورثة بقية السنة .

وإن مضت السنة وقد بقى من أرش الجناية شىء عتقت واتبعت بما بقى فى ذمتها.

م : وأما من أعتق فى صحة أمة إلى أجل ثم مات ، فالأصوب من هذه أن ينتزعوا مالها ، وهى أبين من الأولى ، وله هو إذا مرض أن ينتزعه ولورثته بعد موته، لأنها غير مقومة بمالها ، لأنها معتقة إلى أجل فى الصحة لا بغير [ق/ ٣٥/ ٩ب] ذلك مرضة ولا موته .

ومن «المدونة» : قال مـالك : ومن أوصى بعتـق أمته بعـد موته بخـمس سنين والثلث يحملهـا ، وترك وارثًا واحدًا فعجل الوارث عـتقها قـبل الأجل ، جاز ذلك وهو وضع خدمة والعتق من الميت لابن الوارث .

قال ابن القاسم : وليس للوارث بعد ما أعتقها أن يردها لخدمة إلى الأجل ، لأن عتقـه إياها هبة لها منه خدمتـها ، فيوضع عن الأمـة حق هذا من الخدمة ، ويكون نصيبها منها حرًا ، ولا يضمن لصاحبه قيمة خدمته وتخدم هى الآخر نصف خدمتها إلى تمام الأجل ، ثم تخرج حرة .

فيمن أوصى إلى عبده بثلث ماله ، أو بثلث نفسه ، أو أن يعتق ثلثه ، أو بدنانير أقل من الثلث ، أو أكثر من التركة ، أو من قيمته

قال مالك : ومن أوصى لعبده بـثلث ماله وقيمتـه الثلث ، عتق جميـعه ويقوم بماله .

م : وذلك أن ثلثه يعتق ، لأنه ملك ثلث نفسه بالوصية ، فيقوم ثلثاه فيما يملكه من المال منها .

قال مالك : وإن كان العبد أقل من الثلث أعطى ما فضل من الثلث بعد رقبته .

وإن كان أكثر من الثلث عتق منه محمل الثلث .

قال ابن القاسم : وإذا لـم يحمله الثلث وكان مع العبد مـال استتم منه عتقه ولم يعتق فيما بيده من ماله ما عتق فيما بقى من ثلث سيده الذى بعد رقبته .

م : وإذا جاز أن يقول ثلثاه فى بقية الثـلث ، جاز أن يقوم فيما فى يديه ، لأن ذلك كله مال له .

وقال ابن القاسم فى «المستخرجة» : وإنما استتم عليه عتق بقية رقبته ، لأنه خير عتق بقية رقبته ، لأنه خير عـتق عليه من نفسه شقص صار بمنزلة من أعتق شريكًا له فى عبد فكان يقوم عليه ، والذى يعتق عليه شـقص من نفسه أحرى أن يقوم عليه ما بقى من نفسه فيما يملك ، وهذا قول مالك وعند ابن وهب : لا يقوم فى ماله وترق البقية منه .

وعند المغيرة : لا يعتق إلا ثلثه فقط ، لأن ما ملك من ثلث نفسه لا يملك رده، فأشبه من ملك بعض من يعتق عليه بميراث أنه لا يقوم عليه البقية لأنه لا يقدر على رد ما ورث ، وكذلك ما أوصى له به من ثلث نفسه لا يقدر على رده ، فلا يقوم عليه نفسه .

قال عيسى عن ابن القاسم : ومن أوصى بعتق ربع عبده لم يقوم على العبد بقية، لأن السيد هو المعتق ، بخلاف الذى أوصى لعبده بربع نفسه ، هذا يعتق ربعه ويقوم باقيه على نفسه .

قال مالك : لأنه لو كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما مصابته لقوم عليه الباقى، فالعبد إذا ملك بعض نفسه أحرى أن يقوم عليه ما بقى منه.

ومن **«المدونة»** : قال ابن وهب : قال مالك : إذا أوصى لعبده بثلث ماله أو بسدسه ، جعل ذلك فى رقبة العبد ، فإن كان قيمة العبد السدس خرج حرًا .

وإن لم يترك إلا العبد وأوصى له بثلث ماله وفى يد العبد ألف دينار ، فلا يعتق من العبد إلا الثلث ويكون المال بيده على هبته ، وقاله بعض كبار أصحاب مالك .

قال سحنون : وهو أصح ، لأنه من أعتق بعضه لا يحكم فى ماله بغير إذن من له فيه الرق .

فصل

قال مالك : وإن أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد ، إن حمله الثلث وليس للورثة انتزاعه ، فإن باعه الورثة فليتبعونه بمال ولمن اشتراه انتزاعه .

م : والفرق بين الوارث إذا انتزعه عادت الوصية ميراثًا ، فصار لم ينفذ وصية الميت .

وإذا باعه الورثة بماله فقد أعطى العبد ما أوصى له به ونفذت الوصية ، فلا يراعى بعد انتزاعه المشترى أو لم ينتزعه .

وقال سحنون فى «المستخرجة» : وإنما يعطى العبد ما أوصى له به من الدنانير إذا كانت أقل من الثلث .

وأما إن كانت أكثر من الثلث فليعتق فيها ويصير كالموصى له بالثلث ، أو يجوز له من ماله وهو معنى قول ابن القاسم عندى ، وهى مسألة جيدة .

وقال أصبغ كقول سحنون ، وقاله ابن المواز ، وقاله ابن حبيب عن أصبغ .

قال : وهذا استحسان .

م : وهذا كله إذا لم تجز الورثة ، فيقطع له بجميع ثلث الميت ويصير كمن أوصى له بجميع الثلث .

وأما لو أجاز له الورثة ما أوصى له به من المال ، وكان ما بقى من التركة غير العبد يحمل ذلك المال ، لجاز وبقى رقيقًا والمال بيده ، لأن من صحة الورثة أن يجيزوا له الوصية ثم يتبعوه بماله فيرد ذلك فى ثمنه ثم يرثوا ذلك خير لهم من أن يمضى عليهم خروج الثلث أجمع ، فروى ابن حبيب عن أصبغ كقول سحنون .

قال : وهذا استحسان ، والقياس أن يعطى من نفسه ثلثها ومن كل شىء ثلثه إذا علت الوصية على الثلث ولم تجز الورثة .

ومن **«كتاب ابن المواز»** : ومن أوصى لعبد بخمسة وعشرين دينارًا ، فكانت تخرج من الثلث ، فإن وجدت الخمسة وعشرون حاضرة ولم يحتج منها إلى شيء من ثمن العبد لم يكن فى ذلك عتق وإن لم توجد إلا أربعة وعشرون ، والثلث خمسة وعشرون فلا والثلث إلا من العبد رجع ذلك كله عتقًا ، فيعتق من العبد جميع ثلث الميت .

وكذلك إن أوصى لعبده بدراهم أو بدنانير واحد ، ولم يقل من ثمنه ، ليس له غير العبد ، فليعتق منه قدر ذلك من ثمنه ، فإن كان عشر ثمنه أو نصف عشر ثمنه، عتق عشره أو نصف عشره .

وكذلك إذا أوصى له بدنانير أو بدراهم [ق/ ٣٦/ ٩ب] كثيرة ، فإن كان للميت سوى قيمة عدد ما أوصى به ، وذلك يخرج من الثلث فلا عتق للعبد ، ويأخذ وصيته .

وإن لم يكن فى ما سوى العبد ما يحمل وصيته إلا أن وصيته تخرج من الثلث، لأن العبد أكثر من الثلثين بمقدار ما ، وإن قل فهذا ترجع الوصية فى رقبته فيعتق بها.

محمد : لأنه على نفسه عتق خير ملك بعض نفسه ، فإن فضل له من الثلث شىء عن رقبته أخذه .

وإن بخس ثلثه عن عتق جميعه عتق مبلغ الثلث من جميع التركة أو مبلغ وصيته أقلهما .

فإن قال الورثة : نحن نعطى للعبد ما أوصى له به من عدد الدراهم أو الدنانير ولا يعتق شيء منه ، فليس ذلك لهم إذ لا نفع لهم فى ذلك .

وكما لو قال : نبيعه ونعطيه من ثمنه ، لأن الوصية صارت فيه ، فهم مضارون يأبون أن يعتقوا بالوصية ويصير لهم الولاء ، فقد طلبوا ما يضر بهم وبالعبد .

قال فى «المجموعة» فيمن أوصى لعبده بخمسين دينارا وليس له غيره ، وثلثه لا يفى بالخمسين فطلب الورثة بيعه ويعطونه ثلث ثمنه ، وقال هو : بل يعتق .

قال : يعتق فى ثلثه إلا أن يعطيه الورثة الخمسين .

م : وهذا بنحو إلى ما قال ابن حبيب عن أصبغ أنه القياس ، أن الورثة يخيرون فى أن يعطوه الخمسين أو يعتقوا ثلثه .

وقال أشهب : إذا أوصى لعبده بمال أو بشيء بعينه فيه قدر ثلثه فأقل ، فليس له غيره ولا عتق له .

وإن جاوز الثلث أخذ منه قدر الثلث ولا عتق له ، إذ لم يوص له فى نفسه بشيء .

قال : وإن أوصى له بسكنى دار حياته ، أو غلة حائطه وذلك يخرج من الثلث، فذاك ولا يعتق له .

وإن لم يخرج من الثلث خير الورثة بين إنفاذ ذلك أو يقطعوا له بالثلث ، فيعتق فيه حينئذ ويأخذ فضلاً إن كان ويصير كمن أوصى له بثلث .

م : وهذا الذى ذكر أشهب فيما إذا أوصى له بشيء بعينه أكثر من الثلث أنه يقطع له فيه بقدر الثلث ، هو على أحد قولى مالك فى «المدونة» فيما إذا أوصى لرجل بشيء بعينه ، فقال فيه على ثلثه .

قال أشهب : وكان لمالك فى مقاسمة الورثة سائر المال قولان :

أحدهما : يكون له ثلث نفسه وثلث باقى التركة ، فيعتق فيه باقيه بعد عتق ثلث نفسه ، ويأخذ الورثة ثلثى قيمته عينًا .

والقول الآخر : أن يعتق كله من الثلث ، فإن كان هو نصف الثلث شارك الورثة بخمس ما بقى ، وهذا أحب إلينا .

قال : وكذلك هذان القولان فيمن أوصى لعبده بثلث ماله ، أنه يعتق ثلث العبد ويستتم عليه باقيه فيما ملك إن كان للعبد قبل ذلك ، وكذلك قال ابن القاسم .

قال أشهب : والقول الآخر أن يعتق كله فى الثلث فى بقية ما أوصى له به وما زاد وكان به شريكًا للورثة كما ذكرنا وإن نقص لم يستتم فى مال كان قبل ذلك ، لأن الورثة شركاؤه فى ذلك المال ، وإنما له فيه الكسوة والنفقة بالمعروف ولا يأخذ هو منه شيئًا لنفسه دونهم .

وقال مالك ، ذكره عنه ابن وهب ، واختاره ابن المواز .

* * *

فصل

ومن «المجموعة» و«كتاب ابن المواز» : قال ابن القاسم عن مالك فيمن أوصى أن يباع عبده فيعطى من ثمنه لأخت له من أبويه عشرة دنانير ، وباقى الثمن للعبد ، فلينفذوا ذلك إن حمله الثلث .

فإن أوصى أن يباع منه بعشرة للأخت ويكون للعبد بقية نفسه بيع منه بما ذكر للأخت ، ويعتق باقيه إن حمله الثلث ولو كان للعبد ما يؤدى منه العشرة أخذت منه ويعتق ، ويقوم فى ذلك بماله ، وذلك نفع للورثة فى مزيد الولاء ولم يضر بأحد، فلا يمنع من ذلك .

قال عليّ عن مالك : ومن أوصى فى أمة له أن يعطى ثمنها لابن لها ، فليس بعتق وليتبع ويدفع إليه الثمن إن حمله الثلث ، ولعله أراد نفعه بالثمن لئلا يعتق عليه .

قال ابن القاسم وأشهب فيمن أوصى أن يباع عبده بثلاثين دينارًا فيعطى منها فلان عشرة ، قالا : فإن بيع بثلاثين فأكثر فليس له إلا عشرة .

قال ابن القاسم : وإن بيع بأقل من ثلاثين وبأكثر من عشرين فإنما له ما زاد على عشرين وإن بيع بعشرين فأقل لم يكن له شيء ، وكذلك روى عنه عيسى فى «العتبية» .

وقال عنه محمد بن خالد : إن له ثلث ما بيع به إن بيع بأقل من ثلاثين.

وقال أشهب : له عشرة يبدأ بها ، وإن لم يبع إلا بها فأقل فله جميع الثمن.

* * *

فصل

ومن « المجموعة » و « كتاب ابن المواز » : قال ابن القاسم : وإذا أوصى بعتق ثلث عبده وأوصى له بباقي ثلثه، أو بمال مسمى فلا يعتق عليه إلا ثلث رقبته ، ويكون ما أوصى له بيده .

وكذلك لو أوصى لعبده بثلث نفسه وبثلث ما بقي من ماله سوى العبد ، فإنه يعتق ثلثه ولا يستتم باقيه فيما بقي، ولكن يأخذه ولو لم يقل : سوى العبد، فإنه يعتق ثلثه ولا يستتم باقيه فيما بقي، ولكن يأخذه ولو لم يقل سوى العبد ولكن قال: وله ثلث ما بقي من رقبته في ذلك حتى يعتق كله أو ما حمل منه ، ثم يقوم ما بقي منه على العبد في مال إن كان في قول ابن القاسم .

قال ابن المواز : ورواية ابن وهب أحب إليَّ .

م: جعله إذا قال سوى العبد كالموصى له بمال مع ثلث رقبته ، فإنه لا يقوم في ذلك المال.

وإن لم يقل : سوى العبد فإنه يقوم في بقية الثلث وفي مال نفسه ، وكان يجب أن لا يقوم في مال نفسه إذا أوصى له بثلث نفسه وبمال ، أنه لا يدخل برقبته في ذلك المال.

* * *

فصل

قال أشهب : إذا أوصى لعبده بثلث ماله وترك ديناً شهد فيه شاهد [ق / ٣٧/ ٩ب] واحد أن العبد يحلف مع الشاهد ويستحق ولو أوصى أن عبدي حر ، لم يحلف العبد .

وقال في « كتاب محمد » : لأنه كتسمية دنانير قدر رقبته، فلا يحلف كما يحلف الموصى له . وكذلك كل من أوصى له بدنانير وقاله ابن وهب وابن دينار .

فصل

ومن « المجموعة» : قال عبد الملك : وإذا قال : ثلث عبدى له وله مائة دينار ، فليس له أن يأخذ المائة فى نفسه عتقًا ، لأنه مال أوصى له به فيأخذه ويعتق ثلثه ويبقى ثلثاه رقيق له ، ويعادل له بالمال أهل الوصايا .

وإن قال : ثلثى عبدى ، فهذا يعتق جميعه فى ثلثه، أو ما حمل منه الثلث وما فضل فله والعبد فى هذا مبدى على الوصايا وما فضل عنه لا يبدى فيه ولا يحاص به، وقاله كله مالك ، وأنا أقوله .

قال : وقال المغيرة وابن دينار وعبد العزيز : إنه يعتق ثلثه ويحاص بما فضل أهل الوصايا .

وقال الشيخ أبو محمد : يريد فما وقع له كان بيده .

قالوا: ولو لم تكن وصايا كان له ثلث ما بقى من التركة ، لأنه ليس لأحد أن يأخذ من الورثة شيئًا بقيمته كرهًا إلا الميت وحده ، فليس للعبد أن يأخذ من الورثة بقية نفسه بالقيمة للعتق ، وإنما له وصية .

قال ابن القاسم فيمن أوصى لعبده بثلث ماله ولأجنبى بثلث ماله : إنهما يتحاصان فما صار للعبد عتق فيه ، وما صار للأجنبى أخذه ، ولم أبدئ العبد لأنه عتق على نفسه .

م: فصار إذا أوصى لعبده بثلثه ، ثلاثة أقوال :

قول : إنه يعتق جميعه مبدأ ، ويحاص بما فضل .

وقول : إنه يعتق منه ما وقع له فى الحصاص ولا يبدى.

وقول : إنه يعتق ثلثه ويحاص بما فضل .

ولا فرق فى الحقيقة بين أن يوصى له بثلثه ، أو بثلث نفسه ومائة دينار ، لأن المعنى فى الوجهين يؤول إلى معنى واحد ، فإذا وجب أن يعتق في بقية الثلث وجب أن يعتق فى المائة ، وما وجب أن يعتق فيه وجب أن يكون مبدى على الوصايا، وبداه عبد الملك فى بقية الثلث ، لأنه يعتق فيه، ولم يبده فى المائة إذ لا يعتق فيها،

ولم يبده ابن القاسم ، لأنه على نفسه عتق ، وبداه المغيرة فى ثلث نفسه ، ولم يبده بما فضل إذ لا يعتق عليه فيه ، لأنه غير قادر على رد عتق ثلث نفسه ، فأشبه من ورث وقبض من يعتق عليه، لأنه لا يعتق عليه نفسه، إذ لا يقدر على رد ما ورث ، وقد تقدم هذا .

ومن « **العتبية** » : قال عيسى : قلت لابن القاسم : فلو أوصى لعبده بثلث ماله وأوصى بثلث عبد آخر ، من المبدى منهما فى الثلث ؟

قال: المعتق يبدى ، لأنه إنما يعتق على الميت ، والموصى له بالثلث إنما يعتق على نفسه .

قلت: ولو أوصى لهذا العبد بثلث ماله وأوصى لقوم بوصايا ؟

فقال: العبد الموصى له بالثلث مبدى على جميع أهل الوصايا ، إلا المعتق.

م: هذا خلاف لما قدمنا أنهما يتحاصان.

قال سحنون : ولو أوصى لعبده بثلث ماله وللعبد ولد ، بدأ بعتق الأب فى الثلث ، فإن بقى من الثلث شىء دخل فيه الابن إن حمله الثلث ، أو ما حمل منه يبدى عليه.

فقلت : الذي تبين لى أن لا يعتق عليه من ولده إلا ما جاز له منهم فى الوصية، ويأخذ ما بقى مالاً .

م: وهذا على قوله : إذا أوصى بثلثه لعبده أنه إنما يعتق منه ثلثه ولا يقوم على نفسه، وأول قوله : « على نفسه » على قوله : « يستتم هو فى بقية الثلث » .

قال أبو محمد : يريد : ويعتق على الأب لا بالوصية .

قال معن بن عيسى عن مالك: ومن أوصى بثلث ماله لجاريته فولدت قبل موته فإن ولدها هؤلاء لا يعتقون معها فى الثلث لأن حملهم ، وأما ما ولدت بعد موته فيعتقون معها فى الثلث إن حملهم ، وإلا فبالحصاص فيها. وإن حملهم الثلث وبقيت بقية كانت لأمهم دونهم .

وقال ابن أبى حازم : ما ولد لها قبل موته وبعد الوصية ، يريد أو قبل الوصية من ولد ، وما كان للميت فمن يعتق عليها فإنها تبدى هى عليهم حتى تخرج حرة

فى الثلث ، فما بقى عتق فيه هؤلاء عليها .

وإن لم يسعها الثلث فلا عتق لأحد من قرابتها .

ومن « العتبية » : قال أبو زيد عن ابن القاسم : فإن أوصى بثلث ماله لابن عبده، والابن حر ، فإن كان كبيراً وقبل الوصية عتق عليه أبوه .

وإن لم يقبل عتق عليه ثلث الأب .

وإن كان صغيراً عتق ثلثه فقط وإن كان الثلث يجاوز رقبة الأب.

وكذلك فى «المجموعة » عن ابن القاسم وأشهب .

وروى عليّ عن مالك فى التى أوصت لابن ابنتها وهو حر صغير بنصف ثلثها: إنه يعتق من أمه نصف ثلث الأم ويكون له نصف ثلث سائر التركة .

قال عليّ وأشهب عن مالك فيمن أوصى لرجل بثلث ماله وفى التركة أخ للموصى له فأراد الموصى له أن يأخذ الوصية ويسكت عن أخيه لئلا يعتق عليه ؟

قال : إن قبل الوصية عتق عليه كله ورد للورثة ثلثى قيمته ، وقاله أشهب .

قال أبو محمد : يريد أشهب : وله أن يقبل الوصية إلا ثلث أخيه فلا يقبله ولا يلزمه باقيه ، ولكن يعتق ثلثه .

ومن «المدونة » : قال ربيعة : وإن كان عبد له امرأة حرة وولد منها أحرار، فأوصى سيد العبد لجميعهم بثلث ماله، فليعتق العبد فى ذلك لأن ولده ملكوا منه بعضه ، وملك هو من نفسه البعض .

قال سحنون فى « كتاب العتق » لابنه : وعلى مذهب ابن القاسم تطلق عليه امرأته ، لأنها ملكت بعضه.

قال أبو محمد : يريد : فسخًا بغير طلاق وإن قبلت .

قال سحنون : فإن كان ولده أربعة فالثلث بينهم أسداس ، له سدسه ولبنيه أربعة أسداس ثلثه ويعتق نصيبهم ونصيبه منهم ، ويبقى للأم وهى الزوجة [ق/ ٣٨ / ٩ب] سدس ثلثه ، وينظر إلى ما يقع له ولبنيه من بقية ثلث الميت ، فيعتق ما بقى من العبد فى سهمه من باقى الثلث وسهام بنيه ، إن حمل ذلك ما بقى من رقبته ، وإلا فما حمل منه ويكون بينهم المرأة من ذلك المال لها.

وإن بقى للعبد ولبنيه بقية من الثلث كانت بينهم على خمسة أجزاء ، ثم يعتق سدس المرأة فيما صار للعبد من ذلك المال ، فإن لم يحمله عتق منه ما حمل منه ويقوم باقيه على بنيه فيما لهم من ذلك المال ومن غيره إن قبلوا الوصية ولم يترك إلا العبد وحده عتق خمسة أسداس ثلث العبد على نفسه وعلى بنيه ويبقى سدس المرأة لها ، ثم يقوم ثلث السدس على ولده إن كان لهم مال إذا قبلوا الوصية .

قال سحنون : ويقوم عليهم ثلثا العبد الباقى للورثة مع سدس المرأة إذا كان لهم مال.

قال سحنون : ولا يقوم على العبد باقيه فى مال ، إن كان له غير الوصية.

قال أبو محمد: يريد سحنون على رواية ابن وهب عن مالك .

قال سحنون : لأنه لما ملك بعض نفسه كان كعبد شركه فى نفسه غيره ، فلا يحكم فى ماله بغير إذن شريكه.

قال بعض فقهاء القرويين : فى بعض كلام سحنون نظر ، لأنه جعل ثلثى الورثة من العبد يقوم على العبد وعلى بنيه ، ولم يبتدئ بالتقويم على العبد، فإن عجز قوم على ولده .

وقال فى سدس الزوجة : يبتدئ بتقويمه على العبد ، فإن عجز قوم على بنيه فيما ورثوا عنه فى غيره ، ولا فرق فى التحقيق بين ثلثى الورثة وسدس الزوجة ، وينبغى لو لم يقبل الولد الوصية على مذهب ابن القاسم أن يكون ما وقع لهم من رقبة أبيهم عتيقًا عليهم ، كمن أوصى له بجزء ممن يعتق عليه ، ولا يقوم عليه باقيه، وعلى قول غيره لا يعتق عليه منه شيء.

فى الوصية بالخدمة والسكنى والغلة ، وفى بيع المخدم ومرجعه ونفقته

قال مالك : ومن أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره أو غلة حائطه سنة أو عمر ، جعل فى الثلث قيمة الرقاب ، فإن حملها الثلث نفذت الوصايا .

م : وإنما جعل فى الثلث قيمة الرقاب ، لأن الميت أخرج الرقبة عن الورثة أمد الخدمة وأمد السكنى مع إمكان أن لا يرجع ذلك إلى الورثة ، إذ قد يموت العبد

أو تنهدم الدار ، ولهذا جعل قيمة الرقبة فى الثلث .

قال مالك : وإن لم يحمل ذلك الثلث خير الورثة فى إجازة ذلك والقطع الموصى له بثلث الميت من كل شيء تركه بتلاً .

محمد : لأنه حبس على الورثة أكثر من ثلثه ، وجعل لهم بما زاد عليهم عوضًا من ذلك مرجع الرقبة ولم يوص بالرقبة فيخرج منها محمل الثلث ، فكانت الرقبة فى وصيته فالخدمة تخرج من الثلث ، فتنفذ وصيته على ما أوصى به ، فلما كانت أكثر من الثلث لم يكن على الورثة إنفاذ ذلك ولا لهم أن يحسبوا من ثلث الميت شيئًا، فيكونوا لم ينفذوا وصيته ولا أن يقولوا بقطع له من الرقبة ما حمل الثلث يختدمه ثم يرجع الميت ، فيكون الميت لم يتم له وصيته ولا أنفذ له ثلثه ، فلما كان الأمر كذلك لم يكن به من تخيير الورثة فى إجازة وصية الميت على وجهها لا يكون الثلث، ولكن من كل شيء يكون به شريكاً للورثة ، وهذا قول مالك وأصحابه لا اختلاف بينهم فى هذا الباب .

قال محمد : وهو الصواب ، لقوله تعالى : ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا** ﴾ ، ولا يكون ميراث إلا بعد إنفاذ الوصية والدين ، وإن عال على الثلث فاردده بالسنة إلى الثلث .

قال : وكذلك لو قال : عبدى لفلان بعد سنة ، أو قال : يخدم فلانًا سنة ثم هو لفلان.

قال ابن القاسم فى « الوصايا الثانى » : وأصل قول مالك فى هذا أن كل من أوصى بوصية عال فيها على ثلثه ، أو أوصى بأكثر من ثلث ماله الدين الحاضر ، وأبى الورثة أن يجيزوا ، فإنهم يخرجوه لأهل الوصايا من ثلث ما ترك الميت من العين أو دين أو عرض أو عقار أو غيره ، إلا فى خصلة واحدة ، فإن مالكًا اختلف قوله فيها ، فقال مرة : إذا أوصى له بعبد بعينه أو دابة بعينها وضاق الثلث ، فإن يجز الورثة قطعوا له بثلث مال الميت من كل شيء وقال مرة : يقطعون له بمبلغ ثلث جميع التركة فى ذلك الشيء بعينه ، لأن وصيته وقعت فيه ، وهذا أحب إلىَّ .

قال أبو محمد : وهو الذى ثبت عليه قول مالك ، وهو الصواب وبه نأخذ ، لأنا نقدر على استيعاب الثلث فيه بعينه بلا منفعة تبقى للورثة فى شيء من الثلث

آخر الدهر ومن الأول .

قال مالك : والوصية فى العبد بالخدمة وبالغلة سواء.

قال مالك : ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة لم يجز للورثة [ ] أن يقبضه المشترى إلى سنة .

قال مالك : ومن أخدم عبده لرجل سنين ، ثم هو بعد ذلك هبة لرجل آخر فقبضه المخدم ثم مات السيد فى الأجل ، قبل أن يقبض العبد الموهوب له كان العبد للموهوب له وقبض المخدم للعبد قبضًا لنفسه وللموهوب له ، وسواء كانت الهبة والخدمة معًا أو هبة بعد الخدمة وقبضه المخدم فى صحة السيد والعبد بعد الأجل للموهوب له .

ومن قال فى مرضه : يخدم عبدى فلانًا سنة ثم هو حر ، فلم يقبل فلان الخدمة، خدم العبد ورثة السيد سنة ثم يعتق ، ولو وهبها للعبد أو باعها منه ، كان ذلك قبولاً للخدمة ويعتق العبد مكانه .

وإن كان الموصى له غائبًا ببلد ثانى وأجره [ق / ٣٩ / ٩ب] له السلطان وأعتق للأجل ، إلا أن يكون أريد به ناحية الحضانة والكفالة ، فلينظر به أو يكتب إليه أو يخرج العبد إليه ، فإن انقضت السنة من يوم مات الموصى فهو حر خدم فيها أم لا ، لأن مالكًا قال فيمن قال لعبده : أخدمنى سنة وأنت حر ، فأبق العبد أو مرض حتى مضت السنة فإنه حر ، وإنما رأيت أن يعتق إذا تمت السنة من يوم مات الميت ، لأن مالكًا قال فيمن قال وصيته وهو صحيح : عبدى حر بعد خمس سنين ، إن الخمس سنين إنما تحسب من يوم موته لا من يوم وصيته .

قال ابن القاسم : وهذه وصية له أن يردها .

فصل

قلت : فنفقة العبد على المخدم أو على الموصى له برقبته .

قال : قال مالك : نفقته على الذى أخدم.

محمد : وكذلك قال ابن القاسم وأشهب إن نفقة الموصى بخدمته لرجل وبرقبته بعد الخدمة للآخر على من له خدمته.

وكذلك من أوصى لرجل بما تلد جاريته فى حياته ، وبرقبتها للآخر فإن نفقتها

على الموصى له بما تلد حياته ، فإذا مات فرقبتها للآخر .

م : واختلف فى زكاة الفطر عن العبد المخدم ، فقيل : على الذى له الخدمة اعتبارًا بالنفقة .

وقيل : على من له مرجع الرقبة ، وهو مذهب « المدونة » .

فى ولد المخدمة والموصى بعتقها وولد المدبرة والمدبر ومن فيها عقد

قلت: فمن أوصى أن تخدم أمته رجلاً حياته ، ثم رقبتها بعد الخدمة لفلان، فولدت بعد موت الموصى فى حال خدمتها ، هل يخدم ولدها معها؟

قال : نعم ، لأن مالكًا قال : من أخدم أمته أو عبده رجلاً حياته أو آجلاً ، فولدت الأمة أو ولد العبد من أمته ، إن ولديهما يخدمان معهما إلى انقضاء الخدمة.

قال محمد : والنفقة على المخدم .

قال ابن القاسم : وما ولدت الموصى بعتقها قبل موت السيد فهم رقيق ، لأنه قد زايلها قبل وجوب شيء فيها إذ له الرجوع عن الوصية .

قال : وما ولدت بعد موته فهم بمنزلتها يعتق معها فى الثلث أو ما حمل منهم بغير قرعة .

قال محمد : وما ولدت الموصى بعتقها قبل موت السيد ولو بساعة ، فهم رقيق لأنه له أن يرجع فى وصيته ويعتق ، هى فى قيمة نفسها وقيمة ولدها مع سائر التركة.

وما ولدت بعد موته فيعتق معها بالحصص كولد المدبرة ، ولو ماتت الأم قبل أن تقام فى الثلث .

وكذلك لو أوصى وهى حامل أنها حرة وأن ولدها مملوك ، فوضعته بعد موته ، فليعتق معها ولا يجوز استثناؤه .

ومن «المدونة» : وما ولدت المدبرة بعد التدبير مما حملت به قبل التدبير أو بعده، فهو بمنزلتها يكون مدبرًا معها ، ولدت قبل موت السيد أو بعده ، فيعتق معها بالحصص وولد المدبر من أمته مما حملت به بعد التدبير بمنزلته ، ولدته قبل موت

السيد أو بعده .

وإن كانت حاملاً يوم التدبير فهو رقيق للسيد .

ومن «المجموعة» : قال مالك : ومن أوصى أن تباع أمته ممن أحبت وكانت حاملاً ، فتأخر ذلك حتى ولدت فولدها معها فى الوصية .

قال ابن القاسم : وإن أوصى أن يحج عنه بثمن جاريته فولدت بعد الموت ، إن ولدها داخل فى الوصية .

قال مالك : وإن أوصى لنصرانية أنها حرة إن أسلمت ، فغفل عنها بعد موته حتى ولدت ، ثم عرض عليها الإسلام فأسلمت ، إن ولدت يعتق معها كما لو قال: إن أدت عشرة دنانير ، أو إن أوصى أبى فهى حرة ، فغفل عن ذلك حتى ولدت ثم أدبت العشرة ، أو رضى الأب فى التى اشترط رضاه فإن ولدها معها ولا يعجل إن أبت أن تبذل العشرة حتى يرد عليها فتاب ، ولها أن ترجع ما لم ينفذ فيها حكم بيع أو قسم .

قال سحنون فيمن أوصى لرجل بعشر شياه من غنمه ، فمات وهى ثلاثون فولدت بعد فتمت خمسين : إن له خمسًا ، واختلف فيها قول أشهب ، فقال هذا مرة .

وقال مرة أخرى : له من الأولاد بقدر ماله من الأمهات ، إن كانت الأمهات عشرين أخذ من الأمهات عشرا ونصف الأولاد إن حملها الثلث أو ما حمل منها أو مما يصيبها من الأولاد .

ومن «المدونة» : ومن وهب حمل أمته أو أوصى به لرجل أو تصدق به عليه ، ثم أعتقها هو أو وارثه ، عتقت عليه بما فى بطنها ، وبطلت الوصية والعطية ، ألا ترى أنه لو وهب ما فى بطنها لرجل ثم فلس بيعت عليه وكان ما فى بطنها لمن اشتراها .

وقد تقدم فى كتاب العتق كثير من هذا .

فى وصية الأحمق والسفيه والمصاب والمحجور عليه والصغير

قال ابن وهب : قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا أن الأحمق والسفيه والمصاب الذى يخنق أحيانًا تجوز وصاياهم إذا كان من عقولهم ما يعرفون به الوصية.

وأما ما كان مغلوبًا على عقله فلا وصية له .

قال ابن القاسم : وتجوز وصية المحجور عليه .

م : وإذا اداان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك ، إلا أن يوصى به وقد بلغ حال الوصية فيجوز فى ثلثه .

ولابن كنانة : وإن سمى أن يقضى ذلك الدين من رأس ماله ، ولم يجعله فى ثلثه لم يجز ذلك على ورثته .

قال مالك : وتجوز وصية صبى ابن عشر سنين .

قال ابن القاسم : وابن أقل من عشر سنين بالشيء الخفيف تجوز وصيته إذا أصاب وجه الوصية ، إلا أن يكون فى وصيته اختلاط ، وقد أوصى غلام يفاع ابن عشر سنين أو اثنى عشر سنة ببرجشتم قيمتها ثلاثون [ق/ ٤٠ / ٩ب] درهمًا ، فأجازه عمر.

وروى ابن وهب : أن أباه بن وروى ابن وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع .

قال محمد : تجوز وصية الصغير مثل ابن سبع سنين أو شبهه ولم يختلف فيها قول مالك ولا أحد من الصحابة ، وهى السنة من عمر بن الخطاب أجازه وأقر به .

م : وقال أشهب فى وصى أوصى إلى غيره وصية أن يغرق ثلثه ، فلم يجز ذلك وصيه : إن ذلك للوصى أن لا يلى غيره تفرقة ثلثه .

فى الوصية للوارث أو للعبد أو لعبد نفسه أو للقاتل أو ، ومن أوصى لوارث فصار غير وارث ، وفى موت الموصى له بعد موت الموصى أو قبل

قال الرسول عليه السلام «لا وصية لوارث» (١) ، ومنع القاتل عمدًا من الميراث وكأن الموصى له إذا قتل الموصى عمدًا لم يفد أن يرث .

قال مالك : ومن أوصى لوارث بخدمة عبده سنة ثم هو حر ، والثلث يحمله، دخل بقية الورثة فى هذه الخدمة على الوارث إن لم يجيزوا له الخدمة ، فإذا مضت سنة فهو حر .

ومن أوصى أن يشترى عبد ابنه فيعتق ، لم يزد على قيمته ، بخلاف الأجنبى.

ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠) والترمذى (٢١٢٠) وابن ماجة (٢٧١٣) وأحمد (٢٢٣٤٨) والدارقطنى (٣/ ٤٠) والطيالسى (١١٢٧) والطبرانى فى «الكبير» (٧٥٣١) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٤٢٧) وعبد الرزاق (٧٢٧٧) وابن أبى شيبة (٦/ ٢٠٨) والبيهقى فى «الكبرى» (١١٩٨٢) وابن الجارود فى «المنتقى» (٩٤٩) من حديث أبى أمامة رضى الله عنه.
قال الترمذى : حسن صحيح .

لا نفع سيده ، كعبد كان قد خدمه ونحوه ، وقاله أشهب فى «المجموعة» .

وقال : وإن أوصى لعبد وارثه بالشىء الكثير وعلى العبد دين يستغرقه ، أو يبقى منه ما لا يتهم فيه ، فذلك جائز .

م : **قال بعض القرويين** : وفى ذلك نظر ، لأن إزالة الدين عنه يزيد فى قيمته، فيكون الوارث قد انتفع ، إلا أن يكون يبقى الدين عليه وهو مأذون له فى أن يتصرف لا ينقص من ثمنه كثيراً .

لا يزيد فى ثمنه كثيراً ، فيصح الجواب ، ويصير كأنه أوصى له بشىء يسير مثل الثوب وشبهه .

قال أشهب : ولا تجوز الوصية لمكاتب وارثه إلا بالشىء اليسير التافه .

وأما بالكثير ، فإن كان المكاتب مليًا يقدر أن يؤدى ، فذلك جائز .

وإن لم يكن بالواحد ، لم يجز .

ومن «المدونة» : وإذا أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز ، قلَّ ذلك أو كثر إذا حمله الثلث ، ولا ينزع ذلك منه الابن فيصير لم ينفذ وصية ابنه .

قال أشهب فى «المجموعة» : وإذا أوصى مع ذلك لأجنبى تحاص مع العبد فى الثلث إن ضاق الثلث ، فما وقع للعبد كان له .

وأما إن كان مع الابن ورثة فينظر ما صار للعبد فى الحصاص ، فإن كان تافهًا فهو له .

وإن كثر عادَ ميراثًا إن لم يجزه الورثة ، وليس وصيته لعبد وارثه لا يرثه غيره كوصيته لسيده ، لأن ذلك للعبد حتى ينتزعه منه فلذلك يحاص .

فأما إذا كثر صار كوصية لوارث .

وأما وصية رجل لمن يملك من عبد أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد أو من يملك بعضه أو معتق له إلى أجل ، فذلك جائز ويحاص الأجنبى .

ومن «المدونة» : وإن أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد إن حمله الثلث ، وليس للوارث انتزاعه .

قال أشهب : إذا أنفذوا الوصية تمتع بها العبد كما يتمتع أهل الأموال بأموالهم ، جاز أن ينتزعوه إذا اجتمعوا على ذلك .

قال ابن القاسم : ويباع بما له ولمن اشتراه انتزاعه ، فإن أوصى لعبد أجنبى بمال، فلسيده انتزاعه ، وإن أوصى لمكاتب نفسه بمال جاز ذلك .

فصل

قال ابن القاسم : والموصى له إذا قتل الموصى خطأ ، جازت الوصية له في المال دون الدية .

م : لأن الدية عنه أديت وهو يؤدى فيها ، فلو أخذ منها صار كأنه لم يؤد شيئًا، أو أدى أقل مال ، وسواء مات بالفور أو حتى عرف ما هو فيه ، بخلاف ما لو أوصى لغير القاتل بعد أن جنى عليه وعرف ما هو فيه أن الوصايا تدخل في المال والدية لأن الموصى له ليست الدية عليه كما هى على القاتل .

وسوَّى بعض أصحابنا بينهما ، وهو خطأ .

قال ابن القاسم : وإن قتله عمدًا فلا وصية له في مال ولا دية ، كمن قتل وارثه، إن قتله خطأ فإنه يرث من المال دون الدية .

وإن قتله عمدًا لم يرث من المال ولا الدية إن مات مكانه .

وإن جنى ولم يغير وصيته فقد اختلف في تلك ، فقيل : إن وصيته تكون في المال ، لأن سكوته عنها كالمجيز لها ، فوجب أن تجوز في ماله وقد بطلت حتى يبتدئ إجازتها بلفظ آخر غير ما تقدم ، كما قال في المدبر إذا قتل سيده فلم يمت في الحال بل بقى حيًا حتى مات بعد ذلك ، إن تدبيره يبطل حتى يجدد غيره .

ومن « **المدونة** » : وإن أوصى له بعد أن ضربه وعلم أنه جنى عليه ، قال ابن المواز : أو لم يعلم أنه الجانى عليه ، لأن الضارب هاهنا لا يتهم أنه أراد استعجال شيء ، لأن الوصية إنما كانت بعد الضرب ، فإن كانت الضربة خطأ جازت الوصية في المال والدين .

وإن كانت عمدًا جازت الوصية في المال دون الدية .

قال أبو محمد : يريد : لأن قبول الدية كمال لم يعلم به ، لأنها لم تجب إلا بعد موته ، فلا يحل فيه الوصايا .

م : **وقاله ابن القاسم** : إن الوصايا لا تدخل في دية العمد إذا قبلت لأنه مال لم يعلم به .

قال ابن القاسم : ولو أنه أوصى فقال : إن قبل أولادى الدية فوصيتى فيها ، أو

أوصى بثلثها ، لم يجز ولا يدخل منها في ثلثه شيء لأن ذلك عند الموت يوم أوصى مال مجهول .

قال محمد : بل لا مال له ،وكشيء لا يدرى أيكون أم لا يكون ؟!

م : ولو أنفذ قاتله مقاتله مثل أن يقطع [ق / ٤١ / ٩ب] نخاعه أو مصرانه فبقى حيًا يتكلم ، فقبل أولاده الدية وعلمها ، فأوصى بها فدخلت فيها وصاياه ، لأنه مال طرأ له وعلمه قبل زهوق نفسه فوجب أن تجوز فيه وصاياه .

قال أبو محمد : وهذه المسألة فى « كتاب الهبات » أيضًا ، وجوابها في العمد مشكل ، والذى كتبنا هو فى « كتاب ابن المواز » ، وذكره سحنون عن أشهب ، وهو معنى كلام ابن القاسم في « المدونة » إن شاء الله .

فصل

من الخامس : قال أشهب في « المجموعة » و « كتاب محمد » : وإن أوصى لمعتوه فقتله المعتوه بعد الوصية ، فالوصية نافذة إذ لا تهمة عليه ، فكذلك الصبى ، وكما لو قتل الصبى والمعتوه وارثه لورثه ، والمعتوه أعذرهما وقد يؤخذ بفعله .

قال : وإن أوصى لمكاتب رجل فقتله سيد المكاتب ، فإن كان المكاتب ضعيفًا عن الأداء وأداء الكتابة أفضل لسيده ، بطلت الوصية للتهمة .

وإن كان قويًا على الأداء وعجزه أفضل لسيده لكثرة ثمنه ، فله ما بقى عليه ، فالوصية للمكاتب جائزة في الثلث ، ولو كان القتل خطأ جازت له من ثلث ماله على كل حال .

واستحسن هاهنا أن تكون من ثلث عقله .

قال في « كتاب محمد بن المواز » : ولو أوصى لعبد رجل أو مدبره أو معتقه إلى أجل أو معتق بعضه ، فعمد سيده فقتل الموصى فذلك كله سواء وتبطل الوصية إلا أن تكون الوصية بشيء تافه لا يتهم السيد في القتل على مثله ، فتنفذ .

وإن كان له أن ينتزعه منه يومًا ما أو بيعه بذلك ، فإذا كان تافهًا فذلك نافذ في العمد والخطأ ، وإن كان شيئًا له بال بطلت الوصية في العمد ، وتجوز في الخطأ في ثلث المال ، واستحسن هاهنا أن يكون في ثلث العقل .

فصل

ومن أوصى لرجل بوصية فقتله ابن الموصى له ، أو قتله أبوه أو أمه أو زوجته أو عبد أحدهما أو أم ولد الموصى له ، جازت الوصية ، كان القتل عمدًا أو خطأً.

م : صواب ، لأنه لا يتهم أحد أن يقتل من وصى لأبيه أو لابنه لعل أباه أو ابنه أن يعطيه من ذلك .

ولو وهب لرجل هبة في مرضه فقتله الموهوب فالهبة له جائزة من الثلث ، فقتله عمدًا أو خطأً ، قبضها أو لم يقبضها إذا كانت بتلاً عاش أو مات ولم يكن وصية ، لأن قتله أضر به ، إذ لو عاش كانت من رأس المال وهي الآن من ثلثه .

ولو أقر له بدين في مرضه فقتله ، فالدين له ثابت .

محمد : ولو كثر الدين ، لأنه ليس بقتله ثبت الدين ، ولأن أم الولد إذا قتلت سيدها عمدًا لعتقت إن عفى عنها .

ولو أمر لوارثه بدين أو وهبه له هبة بتلاً فقتله الوارث ، فلا شيء له من ذلك ، بخلاف الأجنبى .

م : لأنه استعجل ذلك بالميراث فأحرمه .

فصل

ومن « كتاب محمد » ـ وأراه لأشهب ـ : وإذا قتل المدبر سيده عمدًا ، بطل تدبيره .

وإن كان خطأً فتدبيره بحاله ، فإذا عتق لم يتبع من الدية بشيء في الخطأ .

وأم الولد إذا قتلت سيدها عمدًا فعفى عنها فلتعتق ، لأنه عتق لازم من رأس المال ولا تتبع بعقل في عمد ولا خطأ ، وقاله ابن القاسم في أم الولد ، بخلاف المدبر .

وقال عبد الملك : تتبع مثل المدبرة .

فصل

وإذا قامت بينة على وارث أنه قتل موروثه عمدًا فأبرأه المقتول ، فإنه يتهم في إبرائه لأنه ولده برأ أنه إنما أراد أن يوجب له الميراث الذى زال عنه بالقتل ، وهو عفو

جائز لا يقتل ؛ ولكن لا يرثه بذلك ولا يكون مصابته له وصية من ثلثه .

م : لأنه أراد أن يخرج ذلك من رأس المال ، فأشبه قوله : كنت أعتقت عبدى هذا في صحتى، فلا يخرج من ثلث ولا رأس مال ، وقيل : يخرج من الثلث .

قال في « كتاب محمد » : ولكن لو لم يكن يبرئه وقال : مصيبته من الميراث هو وصية له ، فذلك جائز له ، لأنها وصية لغير وارث .

قال أشهب : وإذا قامت بينة على وارث بالقتل عمدًا ، فكذبهم بعض الورثة وصدقهم البعض فإن ما صار للمكذبين من ميراثهم ، يريد من الدية فهو للقاتل ، وكذلك الموصى له بوصية ، كما لو أقر الميت بدين لوارثه فصدقه بعض الورثة.

قال : ومن زوج أمته ثم قتلها السيد قبل البناء فالمهر كله للسيد ، لأنه لم يجب بالقتل .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أوصى لأخيه بوصية في مرضه أو في صحته وهو وارث ، لم يجز .

وإن ولد له ولد يحجبه جازت الوصية إن مات وهو يعلم بالولد ، لأنه قد تركها بعدما ولد له فصار مجيزًا لها .

وقال أشهب : الوصية للأخ جائزة ، علم الموصى بما ولد له أو لم يعلم .

قال محمد عن ابن القاسم : فإن لم يمت الموصى حتى مات الولد ، بطلت الوصية للأخ ، لأنه صار وارثًا .

قال ابن القاسم في « المدونة » : ومن أوصى في صحته لامرأة بوصية ثم تزوجها ثم مات بطلت الوصية .

ومن « المجموعة » و « كتاب محمد » : ومن أوصى لابنه وهو عبد أو نصراني فلم يمت حتى عتق العبد وأسلم النصراني ، بطلت الوصية .

وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحته ثم مات ، ولو كان أقر لها بدين لزمه ، كإقراره لوارث بدين في الصحة ، وكذلك لو أقر لابنه العبد أو النصراني بدين في مرضه ثم أسلم أو أعتق ، فذلك كله جائز .

م : كالإقرار بالدين [ق / ٤٢ / ٩ب] لوارث في الصحة ، والعلة أن الإقرار وقع في وقت جائز فلا يراعى إلا ما يؤول إليه بعد ذلك، بخلاف الوصية ، لأن الوصية إنما تصح بعد الموت فينظر إلى حال الموصى له حينئذ .

ابن المواز : قال أشهب : ولو وهب لامرأة هبة في صحته ثم تزوجها في صحته، ثم مات ، فإن حازتها في صحته فهي نافذة لها من رأس المال .

وإن لم تحزها فهي ميراث .

ولو وهبها في مرضه وقبضت الهبة ثم تزوجها في مرضه ثم مات ،فالهبة جائزة في ثلثه ، لأنها لا ترثه .

ولو بتل لرجل هبة في مرضه وهو غير وارث ثم صار وارثًا ، فوقع في « كتاب محمد » : إن الوصية لا تجوز ، لأنها لا تثبت إلا بعد الموت .

قال بعض القرويين : والأشبه أن يجوز له من الثلث على مذهب ابن القاسم الذي يرى أن البتل في المرض لا يقدر على الرجوع عنها ،لأن الوصية إنما تبطل إذا صار الموصى له وارثًا ، لأنه قادر على الرجوع عنها ، فكأنه إنما أوصى له بعد أن صار وارثًا ، وقد وقع في كتاب محمد ما يدل على أن له من الثلث وإن صار وارثًا.

قال في حمالة المريض عن وارثه : إذا صح جازت الحمالة ، يريد لأنه يصير كمن تحمل عنه في الصحة .

قال : وكذلك لو لم يصح ولكن ولد له في مرضه ولد يحجبه عن الميراث ثم مات بعد ذلك الولد فعاد وارثًا على حاله ، لبثت الحمالة ، يريد لأنه لما ولد له ولد يحجبه صار كأنه تحمل لغير وارث ، فلا يضره أن صار وارثًا ، بمنزلة الذي صح ثم مات إلا أن الأول من رأس المال ، وهذا من الثلث ، لأنها بمنزلة من تحمل في مرضه عن غير وارث فهو من الثلث ، ولا يضره أن صار وارثًا .

وكذلك إذا بتل هبة في المرض لغير وارث إذا صار وارثًا ، كالحمالة لغير وارث في المرض ثم صار وارثًا ، إن ذلك جائز لهما من الثلث في المسألتين .

فصل

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : وتجوز الوصية للصديق الملاطف ـ عند مالك ـ بالثلث فأقل منه ، فإن زاد على الثلث لم يجز منه إلا الثلث ، إلا أن تجيزه

الورثة وإن أقر له بدين ، جاز إن كان وارثه ولده أو ولد ولده .

وأما إن كان ورثته كلالة أو زوجة أو أبوين أو عصبة ونحوه ، لم يجز إقراره له.

قال سحنون : لا في ثلث ولا غيره .

م : لأنه لم يرد به الثلث ، وإنما أراد أن يعطاه من رأس المال ، فلا يكون من الثلث إلا ما أريد به الثلث .

قال في الحمالة : وإن كان عليه دين يغترق ماله لم يجز إقراره للصديق الملاطف، ولا وصية له ولا كفالة عنه .

قال في « العتبية » : ومن أقر في وصيته أن فلانًا الميت كان أعطاه مائة دينار يتصدق بها فتسلفها ، وفلان ليس له سبيل ، فإن كان يرث المقر ولد أخرجت من رأس ماله ، وإن كان يورث كلالة فإقراره باطل .

ولو كان فلان عصبيًا أو له ورثة فصدقوه ، فذلك جائز ، وإن كذبوه بعد إقراره.

وإذا أقر في مرضه في عبد أنه كان عصبة نفسه وأنه حر من أصله ، فإن كان يورث كلالة بطل قوله .

وإن ورثه ولده عتق من رأس ماله .

م : كقوله في أمة كانت ولدت منى ، ولا يعرف ذلك إلا بقوله ولا ولد معها ، ويدخلهما القول الآخر الذى قال فيه : لا يعتق في ثلث ولا رأس مال ، كقوله : أعتقت عبدى في صحتي .

فصل

قال مالك : وإذا مات الموصى له بعد موت الموصى فالوصية لورثة الموصى له ، علم بها أم لا ، ولهم أن لا يقبلوها كشفعة له أو خيار في بيع ورثوه .

وإن مات الموصى له قبل موت الموصى فإن الوصية تبطل ، علم الموصى بموته أو لم يعلم .

واختلف قول مالك هل يحاص بها ورثة الموصى أهل الوصايا أم لا ؟ وفي الوصايا الثاني إيعابها وإيعاب الوصية للوارث .

في من أوصى بأكثر من ثلثه ، وما تدخل فيه الوصايا فيما لم يعلم به :

قال محمد : قال مالك : لا تجوز لمن لا وارث له أن يوصى بماله كله ، قال الله تعالى : ﴿ **وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ** ﴾[(١)] ، وليس من أحد إلا وله وارث عرف أو جهل .

قال أشهب : وبلغني عن عليّ وابن مسعود وعبيدة السلماني فيمن لا وارث له أن يوصى بماله كله ، لأن له الثلث وكأنه أنفذ الثلثين فيما ينبغي أن ينفذ فيه .

قال أشهب : وليس قولنا : وللموصى أن ينفذ ذلك في وجهه ، ولا ضمان عليه .

وقال أبو زيد عن ابن القاسم في المسلم يموت ولا وارث له قال : يتصدق بما ترك إلا أن يكون الولى مثل عمر بن عبد العزيز يخرجه في وجهه فليدفعه إليه .

وكذلك من أعتق نصرانيًا فمات النصراني ولا وارث له ، فليتصدق بماله ولا يجعله في بيت المال .

قال مالك في « العتبية » في نصرانية بعثت بدينار إلى الكعبة أيجعل فيها ؟

قال : بل يرد إليها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أوصى في مرضه على ثلثه جاز منه الثلث ، إلا أن تجيزه الورثة .

وأما المرأة ذات الزوج إذا عالت في عطيتها على ثلثها ، يريد في الصحة فلا يجوز منه شيء ، لأن المريض لا يريد الضرر ، إنما يريد البر لنفسه ، فينجو [ق / ٤٣ / ٩ب] من فعله الثلث .

والمرأة ذات الزوج إذا زادت على ثلثها ، فذلك ضرر عند مالك فيرد كله ، ولا ينبغي أن يجاز بعض الضرر ويترك بعضه ، وفي الحمالة إيعاب هذا .

قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بعبد له قيمته ألف درهم ولآخر بدار قيمتها ألف درهم ، وترك ألف درهم فلم يجز الورثة والثلث بين الموصى لهما في الأعيان ، فيكون للموصى له بالعبد نصف العبد ، وللموصى له بالدار نصف الدار ، فهذا ثلث

---

(١) سورة النساء (٣٣) .

الميت ويبقى في يد الورثة ألف درهم ونصف العبد ونصف الدار ، وذلك ثلثا الميت .

فصل

ومن « المدونة » : وكل وصية فلا تدخل إلا فيما علم به الموصى ، إلا المدبر في الصحة فإنه يدخل فيما علم به الميت أو لم يعلم به من غائب أو حاضر .

قال في « كتاب ابن المواز » : وكذلك المدبر في المرض ، فأما المبتل في المرض فلا يدخل في ذلك.

وقال مالك في « المدونة » : ومن أوصى بثلثه أو بعتق أو غيره ولا مال له يوم أوصى ، أو كان له مال فذهب ماله ذلك ، ثم أفاد مالاً بعد ذلك بمورث أو غيره ، فإن علم بالمال المستفاد قبل موته في صحته أو مرضه دخلت فيه الوصايا .

وإن لم يعلم لم يدخل فيه الوصايا إلا المدبر في الصحة .

وكل دار أعمرها أو أرض حبسها على جهة التعيير ، فرجعت بعد موته فإن الوصايا تدخل فيها ولو رجعت بعد عشرين سنة ، ولرجع فيها من انتقص من وصيته ويأخذون ثلثه .

وأما الحبس المبتل فلا يرجع ميراثًا ، ولا يرجع فيه أهل الوصايا .

قال ابن وهب عن مالك : ومن أوصى فقال : كل مملوك لي حر ، وقد ورث رقيقًا لم يعلم بهم فلا يعتق منهم إلا من علمه منهم.

ومن غاب عنه علمه فلا يعتق ، والناس إنما يوصون فيما علموا من أموالهم .

جامع القول فيما يكون من رأس المال وما يبدأ به فيه

م : أول ما يبدأ من رأس مال الميت أسباب مواراته إلى دخوله قبره ، فمن ذلك كفنه وحنطوه وحق غاسله وحامله وحافر قبره ، ثم الدين ببينة أو بإقرار كان لمن يجوز إقراره له أو لمن لا يجوز ، قال الله سبحانه : ﴿ **مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾[1] ، ومعناه : من بعد وصية لا دين معها أو دين لا وصية معه ، فإن اجتمعا في مورث فالدين مبدى ، وقال الرسول ـ عليه السلام ـ : « **الدين مبدى على الوصايا**»، والإجماع على ذلك .

فإن كان الدين لمن يجوز إقراره له ، أخذه .

وإن كان لمن لا يجوز إقراره له ، عزل وورث وكانت الوصايا في ثلث ما بقي ، ولأنه كذلك أراد أن يكون الوصايا في ثلث ما بقي ، وأن الدين خارج من رأس المال، فلما منع من ذلك للتهمة بقيت الوصايا على ما أراده ، إلا صداق المنكوحة في المرض والمدبر في الصحة .

محمد : والمدبر في المرض فإنه إن ضاق ثلث ما بقي من المال بعد عزل الدين لمن يتهم فيه في ثلث ذلك الدين وفي الموروث الذى لم يعلم به لقوة الاختلاف في ذلك، وقد تقدم بعض هذا ، والمريض يحل عليه زكاة في مرضه أو تقدم عليه مال حل حوله ، فما عرف من هذا أو أخرجها في مرضه وأمر بإخراجها ثم مات فإنها خارجة من رأس المال ، وكذلك من مات يوم الفطر أو ليلته فأوصى بالفطرة عنه ، فهى من رأس المال .

فإن لم يوص بها أمر ورثته بإخراجها ولم يجبروا كزكاة العين تحل في مرضه .

وأشهب يقول : هي من رأس المال ، أوصى بها أم لا ، كمن مات وقد أزهى حائطه وطاب كرمه وأفرك زرعه واستغنى عن الماء ، فزكاة ذلك كله على الميت في رأس ماله إن بلغ ما فيه الزكاة ، أوصى بذلك أو لم يوص ، ولم يختلف في هذا ، وقد تقدم هذا في « كتاب الزكاة » .

---

(١) سورة النساء (١٢) .

جامع التبدئة في العتق من وصية أو غيرها

من الثاني : روى أن رسول الله ﷺ أمر بتبدئة العتق على الوصايا ، وفعل ذلك أبو بكر وعمر وقضوا به ، وقاله ابن عمر والحسن .

قال ابن القاسم : ومن قول مالك أنه لا ما قدم الميت في اللفظ أو في كتاب وصيته ، ولا يؤخر ما أخره ، ولكن يقدم الأوكد فالأوكد ، إلا أن ينظر على تبدئة غير الأوكد ، فيقول بدؤوا عتق النسمة بغير عينها على التى بعينها ، أو بدؤوا بكذا فينفذ .

قال ابن الماجشون في « الواضحة » : ما أوصى به الميت أن يبدأ على ما هو أوجب منه ، فذلك في كل ما كان وصية يجوز له الرجوع عنها ، فأما ما ليس الرجوع عنها من عتق بتل أو عطية بتل أو تدبير في مرضه فلا يبدأ بها .

يقول : ولكن بما هو أولى ، لأن تبدئته عليه رجوع عنه ، وذلك لا يجوز .

قال ابن القاسم : وإن أعتق عبدًا له في مرضه واشترى ابنه فأعتقه وقيمته الثلث، فالابن مبدأ ويرثه .

محمد : لأنه ساعة اشتراه حر ، والمعتق لا يعتق حتى يقوم .

قال : ويبدأ على المبتل والمدبر في المرض ، فإن اشترى ابنه وأخاه في مرضه ، فإن اشتراهما واحدًا بعد واحد بدئ بالأول ، وإن اشتراهما في صفقة فقيل يبدأ الابن، وقيل : الأخ ، وقيل : يتحاصان ، وقد تقدم هذا .

قال مالك : ومن السنة المعمول بها أن العتق مبدأ على الوصايا إذا كان بعينه كان في ملكه أم لا .

محمد : وقاله مالك وأصحابه .

قال أشهب : وقال لي الليث وابن أبي حازم وغيرهما لا يبدأ إلا ما كان [ق / ٤٤ / ٩ب] في ملكه فأما النسمة تشترى بعينها فلا تبدأ .

قال أشهب : قول مالك أحب إليَّ ، فإن أوصى بعتق رقبة عبده وبنسمة تشترى

بعينها ، بدئت بالتي في ملكه ، وقاله أشهب وعبد الملك في « المجموعة » .

قال عبد الملك : لتتم حريته ، ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره .

قال أشهب : وأجمع العلماء إلا من شذ منهم أن الذى في ملكه يبدأ على الوصايا عندهم وأكثرهم لا يبدؤون الآخر على الوصايا .

وقال ابن القاسم : يتحاصان.

ابن وهب : وقاله ربيعة .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن أوصى بعتق عبده مرزوق وبعتق عبده ميمون على أن يؤدى ميمون مائة دينار إلى ورثته ، فإن عجل ميمون المائة تحاصا ولا بدئ بمرزوق ،فإن بقى من الثلث ما لا يحمل ميمون خير الورثة بين إمضاء الوصية أو يعجلوا فيه ، فلم يقدر ميمون على أداء المائة بعد التلوم عاد رقيقًا .

وقال أشهب : يبدأ الذى يعتق على غير مال .

وإن عجل الآخر المال .

قال : وإن لم يعجل الآخر المال أو أوصى بأن يكاتب عبدًا له آخر ،فالذى بعينه على غير مال مبدأ .

وذكر محمد عن أشهب كقول ابن القاسم : إن عجل الآخر المال تحاصا وإلا بدئ الآخر ، إلا أن يعنى أن ذلك بتل على أن يبقى عليه المال فيتحاصان .

قال ابن القاسم في المكاتبين : وإن أوصى بعتق عبده ناجزًا ويعتق عبده الآخر إلى شهر تحاصا لقرب الشهر ولو بعد بدئ المعجل .

وقال أشهب : الشهر كثير ويبدأ المعجل ، إلا أن يكون اليومين والثلاثة ، فيتحاصان .

قال ابن القاسم : ولو قال : يخدم هذا فلانًا شهرًا ثم هو حر ، وفي الآخر يخدم فلانًا سنة ثم هو حر ، فصاحب الشهر يبدأ .

ولو قال : يخدم فلان سنة ، وفي الآخر يخدم فلانًا عشر سنين ، تحاصا .

وقال في « المجموعة » : هذا متباعد وكأنه يرى أن يعجل الذى إلى سنة ، فلما لو تقاربا مثل ثمانية وسبعة وخمسة لجمعا في الثلث .

محمد : وإن أوصى بعتق عبد له ، وبعتق عبد له آخر بعد خدمة رجل حياته ، فضاق الثلث وأبت الورثة أن يجيزوا فإنه يعتق منهما بتلاً محمل الثلث ، ولا تبدئة للذى لم يوص فيه بخدمة هاهنا .

وإن أوصى بكتابة عبده فلان ، وأن يعتق الآخر بعد سنة ، فضاق الثلث فليسهم سهمًا ، فمن خرج أعتق في الثلث . وإن لم يحمله الثلث خير الورثة فإما أنفذوا قول الميت أو أعتقوا منه محمل الثلث بتلاً ، فإن خرج المعتق بعد سنة سقطت الخدمة .

قال محمد : وأحب إلى أن يبدأ المعتق إلى سنة ، لأنه بتله ولا عجز فيه ، وقاله عبد الملك .

قال ابن القاسم في غير « المجموعة » : إذا لم يحملها الثلث ، قيل للورثة : إما أن تجيزوا وإلا عتق محمل الثلث منهما بتلاً .

قال سحنون : ولو أوصى بخدمة عبده لرجل سنة ثم هو لفلان ثم أوصى بعتق عبد له آخر إلى عشر سنين ، ولم يحمل الثلث إلا أحدهما فلسيد المعتق إلى عشر سنين ثم يخيروا للورثة ، فإما أعطوا العبد الآخر للرجلين يبدأ فيه صاحب الخدمة ثم يأخذه صاحب الرقبة ، فإن أبوا أسلموا خدمة العبد الآخر إليهما يبدأ فيه الموصى له بالخدمة بقيمة خدمة الآخر سنة ، وما فضل فهو للموصى له برقبة الآخر ، ثم يعتق إذا تم الأجل .

من « العتبية » : قال ابن القاسم في من قال : ثلثى حر وعبدى فلان حر ، فليبدأ بالذى سمى ، فما بقى من ثلثه شيء أسهم فيه بين من بقى من رقيقه .

فصل

ويبدأ بعتق المبتل في المرض والتدبير فيه على الموصى بعتقه بعينه .

محمد : وقاله ابن القاسم وابن وهب وابن دينار وهو أول قولى مالك .

وقال أشهب : يتحاصون ، وهو آخر قولى مالك .

محمد : وبقول ابن القاسم أقول إذ له أن يرجع في الموصى بعتقه ، ولا يرجع في الآخرين .

وقال ابن وهب عن مالك : والصدقة المبتل تبدأ على الوصايا .

قال ابن دينار : ويبدأ على الموصى بعتقه بعينه ؛ إذ له أن يرجع فيه ، ولا يرجع في الوصايا المبتل، وقاله عبد الملك وسحنون في « المجموعة » .

ومن « **العتبية** » : قال ابن القاسم : وقف مالك في تبدئة الصدقة البتل على الوصايا ، وتبدأ أحب إليَّ .

فأما مع العتق فليبدأ العتق .

قال محمد : إنما هذا إذا بتل العتق كما بتل الصدقة .

قال : والمبتل في المرض ، والمدبر فيه لا يبدأ أحدهما فيه على الآخر إذا كانا في كلام واحد وفور واحد . وإن لم يكن في كلام واحد بدئ بالأول فالأول .

محمد : ولم يختلف في هذا قول مالك وأصحابه .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون المبتل في المرض مبدأ على المدبر فيه .

وقال في « المجموعة » : إذا دبر في المرض وبتل فيه في فور واحد ، فإنهما يتحاصان فيه إلا أن يكون له أموال مأمونة فيكون المبتل مبدأ ، إذ قد تمت حرمته قبل موته ، ويعجلها من الثلث .

ومن « **المجموعة** » : قال عبد الملك : وإذا بتل المريض عتق عبده ، وأعتق من آخر نصفه ، فالمعتق جميعه يبدأ ، ويبدأ استتمام ذلك النصف على الموصى بعتقه الذى له أن يرجع فيه وهذا شيء يلزمه .

قال ابن القاسم : وإذا قال صحيح : لفلان عشرة دنانير من مالى عشت أو مت، فإن قام عليه في صحته أخذها ، وإن مات المعطى فلورثته القيام فيها .

وإن مات المعطي كانت في ثلثه مبدأة .

وكذلك عتق المبتل في المرض كما ذكرنا .

قال محمد : وإذا مات فصدقة المبتل مبدأة في ثلثه ، ولو كانت له أموال مأمونة [ق / ٤٥ / ٩ب] لكان للمعطي تعجيلها، وتكون من الثلث إن مات .

وأما إن مات المعطي ثم مات المعطي ، فلا شيء لورثة المعطي ، إذ لا تتم صدقة إلا بالحوز ، وإذا رجعت إلى معنى الوصية فقد مات الوصى له قبل موت الموصى

فبطلت .

وحملها ابن القاسم محمل البتل إذ لم يكن له أن يرجع فيها ، وهو عندى مختلف ، لأن العبد حائز لنفسه بالعتق ، والصدقة لم تحز، ألا ترى لو قال صحيح لرجل : لك عشرة دنانير من مالى إلى عشر سنين ، وأعتق عبده إلى عشر سنين ، ثم مات السيد لبطلت الصدقة وصح العتق ، وقاله ابن القاسم .

ولو استحدث دينًا قبل العشر سنين لبطلت الصدقة .قال أبو محمد : قول ابن القاسم لقوله : عشت أو مت ، فهى وصية في الموت وعطية في الصحة .

جامع ترتيب ما يبدأ بعضه على بعض في الثلث من العتق وجميع أنواع الوصايا ، مجموع من « المدونة » وغيرها

قال مالك : أول ما يبدأ به في الوصايا في الثلث ، المدبر في الصحة على كل وصية وعلى العتق الواجب وغيره ، إذ ليس للميت أن يرجع فيه ، وله أن يرجع في وصيته بالعتق وغيره قبل موته إلا ما بتله في مرضه .

م : واختلف قول ابن القاسم في المدبر في الصحة وفي صداق المنكوحة في المرض إذا بنى فيه ، فقال مرة : أول ما يبدأ به في الثلث المدبر في الصحة على صداق المنكوحة في المرض وغيره .

وقال مرة : يبدأ بصداق المريض .

وقال أيضًا : يتحاصان ، ثم من بعدها دين الزكاة يفرط فيها فيوصى أن تؤدى عنه ، ولا فرق بين زكاة الأموال وزكاة الحرث والماشية إذا فرط في ذلك كله ، ثم زكاة الفطر ، ثم كفارة من أكل أو وطئ في رمضان عامدًا ، ثم عتق في الظهار ، وقتل النفس عمدًا لا يبدأ أحدهما على صاحبه .

وقيل : يبدأ بعتق قتل النفس ، ثم كفارة الأيمان ، ثم الإطعام عن قضاء رمضان، ثم المبتل والمدبر في المرض إذا كانا في فور واحد ، فإن كان بعضهم قبل بعض بدئ بالأول فالأول .

وقيل : إن المبتل في المرض يبدأ على المدبر وإن كانا في فور وكلمة واحدة ، ثم الموصى بعتقه إذا كان في ملكه أو أوصى أن يشترى به فيعتق وهو بعينه ، أو أوصى أن يعتق إلى أجل قريب كالشهر ونحوه ، أو يعتق على مال فعجله على مذهب ابن القاسم ، وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك ، فإذا اجتمع من ذكرنا وضاق الثلث عنهم تحاصوا ، لأنهم في رتبة واحدة عنده ، ثم بعد ذلك الموصى أن يعتق إلى أجل بعيد كالسنة ونحوها ، ثم من بعده الوصايا أن يكاتب أو يعتق على مال فلم يعجله معًا ، فإن بعُد أجل عتقه جدًا كالعشر سنين ونحوها تحاص هو والموصى أن يكاتب أو يعتق على مال فلم يعجله ، ثم النذر ، مثل قوله: « لله عليّ أن أطعم عشرة مسكين » على مذهب ابن ساس .

وأما أبو محمد فقدمه على المبتل والمدبر في المرض، ثم الموصى بالعتق بغير عينه، وبالمال، وبالحج وقد قال ابن القاسم أيضًا: إن العتق بغير عينه يبدأ على الحج.

ولم يختلف قوله : إنه إذا أوصى بمال لرجل وأوصى بعتق بغير عينه أنهما يتحاصان ، وإذا أوصى بحج وأوصى بمال ، أنهما يتحاصان ، والموصى برقبة وبحج، وثلثه يحمل الرقبة وبعض الحج مبدئًا الرقبة ، فإنه يحج عنه ببقية الثلث من حيث بلغ ولو من مكة .

قال مالك : وإن أوصى أن يحج عنه ، فلم يبلغ ثلثه ما يحج به إلا من المدينة أو من مكة ، فلتنفذ وصيته .

قال ابن القاسم : وإن لم يوص فلا يحج عنه .

وقد كره مالك أن يتطوع الولد من مال نفسه فيحج عن أبيه ، وكان يقول : لا يعمل أحد عن أحد .

م فإذا اجتمع وصيته بمال وبحج عنه وبعتق بغير عينه ، على قوله يبدأ بالرقبة على الحج ، فإنهم يتحاصون في ضيق الثلث ، فما وقع للحج كانت الرقبة أولى به، كما لو كانا جميعًا .

ومثلها إذا ترك الميت أخًا شقيقًا وأخًا لأب وجدًا، على مذهب زيد فإن الأخ الشقيق يحاسب الجد بالأخ للأب ، فيقتسمون المال على ثلثه ، ثم يرجع الأخ الشقيق على الأخ للأب فيأخذ منه ما بيده ، لأن الأخ الشقيق يحتج على الجد فيقول له : لو كنا أخوين للأب لقاسمناك ، فليس كونى شقيقًا مما يسقط عنك المقاسمة ، ويحتج على الأخ للأب فيقول : لو كنت أنا وأنت لم يكن لك معى شيء فليس كون الجد معنا مما يوجب لك شيئًا. وبالله التوفيق .

جامع مسائل مختلفة منه

ومن « كتاب ابن المواز » : قال أشهب عن مالك في الضرورة يوصى بحج ورقبة بغير عينها وبمال ، فإنهم يتحاصون إن صار الحج مما يحج به وإلا بدئ بالحج .

وإن كان غير ضرورة بدئ بالعتق والوصايا على الحج .

وقد قال ابن القاسم : يبدأ بالعتق بغير عينه على الحج ، وإن كان ضرورة .

قال أبو محمد : وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أحب إليَّ أن يحاص به مع الوصايا والعتق بغير عينه في حج الضرورة ويحج بما وقع له من حيث بلغ .

وإن لم يكن ضرورة فالوصايا مبدأة عليه ، ونحوه لابن كنانة .

وقال أصبغ : كان ضرورة أو غير ضرورة فهو أسوة مع الوصايا والعتق .

وأجمعوا أن العتق المعين يبدأ على الوصايا وحج الضرورة ، إلا ابن وهب [ق / ٤٦ / ٩ب] فإنه قال : إن الحج الضرورة يبدأ على العتق المعين .

فصل

ومن « المدونة » قال مالك : ومن أوصى بشيء في السبيل بدئ بأهل الحاجة منهم .

قال مالك : ومن أوصى بثلثه في سبيل الله والفقراء أو اليتامى ، قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثًا ولا أنصافًا .

قال ابن القاسم : وإن قال : ثلث مالي لفلان وللمساكين ، يعط لفلان نصف الثلث ، وليقسم بينه وبين المساكين بالاجتهاد .

وإن أوصى بعتق عبده بعد موته بسنة ولفلان بثلثه أو بمائة دينار ، والعبد هو الثلث بدئ بالعتق ولم يعتق إلا بعد سنة، وخير الورثة بين أن يعطوا الثلث أو المائة للموصى له بذلك ، ويأخذوا الخدمة أو يسلموا هذه الخدمة للموصى له بذلك ، لأنها بقية الثلث .

فإن سلموها فمات العبد قبل السنة عن مال فهو لأهل الوصايا .

وإن لم يحمل العبد الثلث خير الورثة بين إجازة الوصية أو العتق من العبد مبلغ

الثلث بتلاً وسقطت الوصايا ، وقاله جميع الرواة إلا أشهب فقال أشهب في كتبه : إذا لم يحمل الثلث العبد قيل للورثة : إن شئتم فأنفذوا ما قال الميت في العبد ثم أنتم بالخيار في دفع ما أوصى به الميت أو سلام خدمة ما يخرج من الثلث من العبد إن كان نصفه فنصف الخدمة ، أو فاعتقوا منه الآن محمل الثلث بتلاً وسقطت الوصايا .

ومن « **المدونة** » **قال مالك** : ومن دبر عبداً في مرضه ، وقال لآخر : إن حدث بي حدث الموت فأنت حر ، فالمدبر يبدأ .

قال سحنون : وهو قول جميع الرواة إلا أشهب .

وقال أشهب في كتبه : إنما يبدأ بالمدبر إذا كان الميت قد بدأ في لفظه بالتدبير .

وأما إن بدأ بالوصى له وبالعتق ثم دبر الآخر ولم يصح من مرضه ذلك حتى مات فإنهما يتحاصان في الثلث .

وقد رجع مالك عن قوله : يبدأ المدبر ، إلى أنهما يتحاصان ، وعلى هذا لقى الله تعالى .

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : ومن باع في مرضه عبداً أو حابى فيه وقيمته الثلث ، وأعتق عبداً له آخر وقيمة المعتق الثلث ، بدئ بالمعتق ، لأن المحاباة وصية وقد قال مالك فيمن أوصى في مرضه بوصية ، وأوصى بعتق عبد إن العتق مبدأ به .

ومن « **كتاب العتق** » : وإن اشترى المريض عبداً بمحاباة فأعتقه ، فالعتق مبدأ على المحاباة ، لأن المحاباة وصية .

فإن بقى بعد قيمة العبد شيء من الثلث كان في المحاباة .

وإن لم يبق لم يكن للبائع غير قيمته من رأس المال ، فقد قال ابن القاسم أيضًا: يبدأ بالمحاباة ، إذ لا يتم البيع إلا بها ، فكأنه أمر بتبدئتها في الثلث .

فإن بقى من الثلث شيء كان ذلك في العبد ، أتم ذلك عتقه أم لا .

قال سحنون : وهذا القول المعتمد من الأول .

تعليل مسائل التبدئة
المرتبة المتقدمة ذكرها

قال بعض أصحابنا : وجه قول ابن القاسم : « يبدأ المدبر في الصحة على صداق المنكوحة في المرض » فلأنه وجب له عقد في وقت كان له التصرف في جميع ماله وهو الصحة ، وصداق المنكوحة في المرض إنما وجب لها في المرض الذى هو ممنوع فيه من ثلثى ماله ، فقوى حكم المدبر لهذا ، والله أعلم .

وأيضًا فإن النكاح ابتداء اختيار بعد وجوب التدبير ، فليس له أن يحدث عليه في مرضه حدثًا يبطله وينقصه عما وجب له .

ووجه قوله : « يبدأ بصداق المريض » ولأنه أشبه باب المعارضة لأخذ المريض بضع الزوجة بالصداق الواجب لها أيضًا ، فإن بعض الناس يراه كسائر البياعات ويجيزه ، ويجعل الصداق فيه من رأس المال ، وهو إذا صح عندنا كان الصداق عليه من رأس المال ،والمدبر إنما يصيره في الثلث على كل حال ، فوجب لما قدمنا أن يكون الصداق أقوى . والله أعلم .

ووجه قوله : « يتحاصان » ، فلما قدمناه من ترجيح وجه كل قول ، وكأنهما تساويا عنده فرأى العدل بينهما التحاصص . والله أعلم .

« ثم بعدها الزكاة » وإنما ضعف حكمها عنهما لأن وجوبها إنما هو معلوم من جهة من لا ندرى أصدق في ذلك أم كذب ، وما قدمناه ثابت بالبينة فهو أقوى .

وأيضًا فإن هذين طالبا معينًا مستحقًا لهما ، والزكاة يستحقها المساكين وهم غير معينين .

وقال أشهب : إن الزكاة لا تبدأ على الوصايا .

ووجه هذا أن الموصى إنما قصد أن تكون من رأس المال ، فأشبه قوله : كنت أعتقت عبدى في صحتى ، فلا ينفذ من ثلث ولا رأس مال على أحد القولين .

وقال ابن القاسم : إنه من الثلث غير مبدأ ، فلعل أشهب بنى الزكاة على هذا .

« ثم زكاة الفطر » : وإنما بدأت على كفارة القتل والظهار ، لأن هذا هو أدخله

على نفسه مع الاختلاف ، أن زكاة الفطر مفروضة .

« ثم العتق في الظهار وقتـل النفس » ، ووجه تبدئة الزكاة عليهما ، لأن فـيهما العوض عن العتق في العدم وهو الصوم ، ولا عوض في الزكاة ، ولابد من نفاذها، فهى أقوى .

ووجه قوله : « يبدأ بعـتق قتل النفس » ، لأن عتق الظهـار عنه عوض في المال وهو الإطعام ، وعتق قتل النفس لا بدل منه في المال .

ووجه قوله : « يتحاصان » ، فلأنهما جميعًا في عتق كفارة [ق / ٤٧ / ٩ب] وقد استويا في العدم في الصوم فوجب أن يستويا في المال .

ووجه من قال : « يقرع بينهما » ، فلأنه لا يجزئ عتق بعض رقبة عن كل واحد منهما ، فـأقرع بينهما ليصح العتق لأحـدهما ، إذ ليس مقدم حقيـقة ، فمن طار له السهم فالله أعطاه وحرم صاحبه ، كمن أوصى بعـتق عبيده أو ابتل عتقهم في مرضه ولم يحملهم الثلث فما استوى حكمهم أقرع بينهم .

« ثم كفـارة اليمين » ، وإنما بدئ العتق في الظهـار وقتل النفس عليهـما ، لأن كفارة اليمين هو فـيها مخير بين العتق والإطعـام أو الكسوة ، وفي الظهار والقتل هو مقصور على العتق ، ولا ينتقل عنه إلا بالعدم .

وأيضًا فإن بدلهما في الصوم أكثر من بدل كفـارة اليمين ، فبان أنهما أقوى فبدئا لهذا .

« ثم كفـارة الوطء في رمضان » ، وإنما بدئ بـالكفارة عليهـما ، لأنها واجـبة بكتاب الله تعالى ، وكفارة رمضان واجـبة بالسنة وهي أضعف ، وكفارة الإطعام في قضاء رمضان دونها ، لأنها باجتهاد العلماء .

« ثم المدبر والمبـتل في المرض معًـا » ، وإنما بدئ بالإطعام على قـضاء رمـضان عليهـما ، لأنه واجب بنص السنة وهو عـوض عن الفرض ، والتدبـير والتبـتيل هو اختياره وأراد إدخال النقص على ما لزمه فمنع من ذلك .

« ثم الوصايا بعتقه بعينه وهو في ملكه وأن يشترى فيعتق ، أو إلى أجل قريب، أو على مال يتعجله » ، يتحاصـان في ضيق الثلث لأنهم في مرتبة ، وإنما بدئ المبتل والمدبر في المرض على هؤلاء ، لأن له الرجوع فـيهم ، والتبتيل والتدبيـر قد لزمه لا

يقدر على الرجوع فيه .

« ثم العتق بعد موته بسنة » ، وإنما بدئ المعتق إلى سنة عليهما لأنه بتله ولا عجز فيه ،فإن بعد أجل كالعشر سنين ونحوها تحاصوا لكثرة العدد في أن لا يصيبه العتق إذ قد يهلك قبل تمام الأجل ، وإن قد يعجز هذا أو يهلك قبل الأداء ، فكأنهم تساووا في الفور.

« ثم النذور » ، وعند ابن مناس وعند أبي محمد هو قبل المبتل والمدبر في المرض .

فوجه قول أبي محمد : أن النذر شيء أوجبه على نفسه في الصحة ، فلا يدخل عليه في المرض مختارًا ما يبطله أو ينقصه من قدره .

ووجه قول موسى بن مناس إن كان أراد النذر في الصحة ، فلأنه لما فرط في إخراجه حتى أوصى به بعد موته أشبه الوصايا ، والعتق مبدأ على الوصايا .

وقال بعض أصحابنا : يحتمل أن يكون أبو محمد أراد إن كان النذر في الصحة، وابن مناس أراد إن كان النذر في المرض ، وإنما بدئ غير المعين والحج لأنه شيء أوجبه على نفسه ، ولا يستطيع الرجوع عنه ، وله أن يرجع في هذه الوصايا ، وإنما بدئ بالرقبة غير المعينة على الحج في أحد قوليه لأن الحج عمل بدن ، وقد كره أن يعمل أحد عن أحد .

وبالله التوفيق تم « كتاب الوصايا الأول » بحمد الله وحسن عونه .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا الثاني

في شهادة وارثين بعتق أو أجنبيين بالثلث أو بعتق عبد آخر

قال ابن القاسم : وإذا شهد ولدان للميت أن أباهما أعتق هذا العبد وشهد أجنبيان أنه أوصى بالثلث لرجل والعبد هو الثلث ، وإن كان عبد يتهمان في حر ولائه لم تجز شهادتهما ، وجازت الشهادة بالوصية .

وإن لم يتهما في ولائه لدناءته جازت شهادتهما وبدئ بالعتق. وهذا كشهادتهما بالعتق ومعهما من الورثة نساء ، فإن كان ممن يتهمان في حر ولايته لم تجز شهادتهما .

وإن لم يتهما فيه لدناءته جازت شهادتهما فيه .

فما يتهمان فيه مع النساء يتهمان فيه مع الموصى له ، وهذا قول مالك إذا كان معهما نساء ، وهو مرامى في الوصية .

ابن المواز : لا يتهمان في هذا ، واحتج بأن الميت جائز له أن يعتق في مرضه والولاء للرجال دون النساء ، فلم يكن عتق محاباة للذكور ليصير الولاء إليهم دون النساء ، ولعمرى إن هذا أمر من جهة الأحكام لو أراد الميت غيره أقدر .

فإذا اتهم الوارثان عن ابن القاسم فينفذ للثلث بشهادة الشاهدين ، والعبد هو الثلث عتق أيضًا على الوارثين ، لأنهما يقولان : إنه لحر وإن الثلث الذى خرج ظلمت فيه ، وجعل الثلث الخارج بشهادة البينة ، كأنه باقٍ في أيديهما ولم يجعله بمنزلة ما لو غصب من المال شيء أو ضاع أن العتق إنما هو في ثلث ما بقي إن حمله، أو ما حمل منه ثلث ما بقي .

وأشهب يقول : لا يعتق إلا ثلثه ، وجعل الثلث الذى أخذه الموصى كجائحة أتت على المال ، ولو لم يبق من المال إلا ثلثاه لم يعتق من العبد إلا ثلثاه ، لأنه ثلث ما بقى ، وهذا هو الأشبه في القياس ، لأن الورثة يقولون : قد ذهب ثلث المال بشهادة الشاهدين ولا قدرة لنا عليه ، فأشبه ضياع ذلك ، ومثل [ق / ٤٨ / ٩ب] هذا المعنى إذا أقر أحد الوارثين بمائتى دينار أنها دين على أبيهما وقد ترك مائتين

وابنين، أخذ كل واحد مـائة والمقر ممن لا تجوز شهادته ، فـعند أشهب : يعطى المائة التى في يديه كلها لصاحب الدين ، ويعد ما أخذ أخوه كجائحة طرأت على المال فلم يبق منه إلا مائة ، فالدين أولى بها إذ لا يصح ميراث إلا بعد قضاء الدين .

وعلى مذهب ابن القاسم : إنما يعطيه خـمسين ، ويعد ما أخـذ أخوه بالأحكام كأنه قائم لم يضع ولم يتلف فـيقول : إنما لك في يدى خمسـون فخذها ، ولك في يد أخى خمسون غصبها .

وأما إن كـان المقر عـدلاً فعلى مـذهب ابن القاسم : يمـين صاحب الدين مـعه صواب .

وأما على مذهب أشهب فما كـان ينبغي أن يحلف ، لأنه يحلف ليأخذ غيره إذ هو ملزوم عنده يغرم المائة التى في يديه، فصار يحلف غيـر منتفع بيمينه ، وإنما ينتفع بها غيـره ، وهذا نحو قولهم في شهادة الحمـيل في عدم الغريم : إن الذى له الدين يحلف ، وهو لو شاء لأخـذ الحميل لما أن يكون الذى عليه الحق قـصرت يمينه ، إنما انتفع بها الحميل .

ومن « العتبية » : قال عيسى : وسألت ابن القاسم عن رجل هلك وترك عبدين وابنين، وقيـمة العبد ألف درهم وقـيمة الآخر ألفي درهم ، فـأتى الذى قيمتـه ألفان بشاهـدين يشهدان له بـالعتق ، وأتى الآخـر بابنى سيـده يشهدان له أنه المـعتق دون صاحبه ؟

قال : أرى أن يبدأ بالذى شـهد له الأجنبيـان فيعـتق في الثلث ، ثم يرجع على الابنين فيـعتق عليهمـا الذى شهدا له بما حمل الثلث مـنهما جمـيعًا إذا كان قولـهما تكذيبًا للشاهدين اللذين شهدا على عتق الآخر .

قال : ولو أن الشاهدين شهدا على اليمين أنـه بتل عتق هذا في مجلس ، وشهد الولدان أنه أعتق هذا في مجلس آخر ، وقـالا : لا علم لنا بما أشهدهما ، على هذا رأيت أن ثبتت الشهادتان جـميعًا ويسهم بينهما إذا كان العـبد الذى شهد له الابنان لا يتهـمان في جر ولائه لدناءته ، فأيهـما خرج سهـمه عتق منه محـمل الثلث ورق ما بقي، لأنهما في هذا لم يدفعا شهادة الشاهدين ولا كذبهما .

قال : فإن اتهما في جر ولائه لم تجر شهـادتهما ، وذلك إذا شهدا أنه أعتق بعد

الموت إن كان عتق أحدهما بتلاً والآخر بعد الموت كـان المبتل مبدأ قبل صاحبه ، كان تبتيله إياه قبل صاحبـه أو بعده . وإن كانا جميعًا مبتلين بدئ الأول وفي آخر هذا الكتاب إيعاب هذا .

في الوصية بخدمة أو بسكنى أو بمال وغيره

قال ابن القاسم : ومن قال في وصيته : يخدم عبدى فلانًا سنة ثم هو حر ، ولم يدع سواه ولم تجـز الورثة ، بدئ بالعتق فعتق ثلـث العبد بتلاً ، ويبـقى للورثة ثلثاه وتسقط الخدمة .

قال سحنون : وعلى هذا أكثر الرواة .

م : **وقال أشهب** : يخدم ثلثه الموصى له بالخدمة سنة ثم يعتق ثلث العبد .

ووجه هذا : أن الميت أمر بتبدئة الخدمة علـى العتق ، فإذا لم تجز الورثة وأعتقوا ثلث العبد صاروا قد بدؤوا العتق على الخدمة ، وهو بخلاف وصية الميت .

ووجه ما قال ابن القاسم : أنهم لما لم ينفذوا ما قـال الميت ولم يتموا له مراده ، قيل لهم : فـأخرجوا ثلثه بتـلاً ، فصار في الوصيـة مال وعتق ، والعتق مـبدأ على الوصايا .

قال بعض الفقهاء : فإن قال الورثة : نجيـز العتق ولا نجيز الخدمة ، بقى مـعتقًا إلى أجل وكان للموصى له خدمة ثلثه، لأن الذى يحمله الثلث ، ولا حجة للموصى له بالخدمـة ، لأنه يقال له : لو شاء الورثة عـجلوا عتق ثلث العبـد فتسقط الخـدمة كلها، وإذا أعطيت ما وسع الثلث من الخدمة فلا كلام لك .

ولو قال : نجيز الخدمـة ولا نجيز العتق لأعتق ثلثه بتلاً وكـان باقيه يخدم المخدم جميع الأمـد يكون للعبد يوم وللمخـدم يومان ، فإذا انقضت الخدمـة رجع ثلثاه رقًا للورثة .

ومن « المدونة » : قـال ابن القاسم : ومن أوصى لرجـل بخدمـة عبـده سنة أو سكنى داره سنة ، وليس له مال غـير ما أوصى فيه أو له مـال لا يخرج ما أوصى به من الثلث ، خير الورثة في إجازة ذلك للموصى له أو يقطعوا له بثلث جميع ما ترك الميت بتلاً .

وأما إن أوصى له برقبة عبـده أو داره والثلث لا يحمل ذلك فإنه يقطع له بمحمل

الثلث في تلك الأعيان ، وقد اختلف قول مالك فيه وهو أحب إليَّ .

قال سحنون : وأما الوصية بالخدمة والسكنى فهو قول الرواة كلهم لا أعلم بينهم فيه اختلافًا ، وهو أصل من أصول قولهم ، وكذلك قال ابن أبي سلمة إذا أوصى له بسكنى داره ولا مال له غيرها إن الورثة يخيرون في إجازة ذلك أو يقطعوا له بثلثها بتلاً ، لأنها جميع ثلثه ، وقد تقدمت الحجة في ذلك في الكتاب الأول .

قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة أو حياته ثم هو لفلان ، فإن حمله الثلث بدئت الخدمة ، فإذا انقضت الخدمة أخذه صاحب الرقبة ،ولا نبالى [ق/ ٤٩ / ٩ب] زادت قيمته الآن بعد الخدمة أو نقصت عن القيمة التى تقدمت في الثلث .

قال سحنون : وهذا قول الرواة ولا يعلم بينهم فيه اختلافًا إذا حمله الثلث .

قال ابن القاسم : فإن لم يحمله الثلث وأبى الورثة أن يجيزوا أسلموا ثلث الميت فجعل في العبد ونظر إلى حمل الثلث منه ، فإن حمل نصفه خدم الموصى له بالخدمة يومًا والورثة يومًا ، وللورثة أن يبيعوا حصتهم ويصنعوا بها ما شاؤوا ، فإذا انقضى أجل الخدمة إن كانت إلى سنة أو إلى حياة المخدم رجع ما حمل الثلث من العبد إلى الموصى له من الرقبة .

ومن « المجموعة » : قال أشهب :وإن أوصى أن عبدى يخدم فلانًا سنة ثم هو لفلان بعد سنين ، فإن حمله الثلث يخدم الأول سنة ثم يخدم الآخر ، وإن كان العبد قدر ثلثى الميت فلا أجعل نصفه يخدم الأول سنة والورثة سنة ثم يأخذه الآخر، فيكون الميت لم يستوف ثلثه ولا وصيته ولكن يتحاصان في الثلث ، هذا بقيمة خدمته سنة وهذا بقيمة مرجع الرقبة على غررها ، فيكونان شريكان للورثة بما أصابهما في جميع التركة .

م : وهذا إذا لم تجز الورثة .

قال بعض الفقهاء : لم يجعل صاحب الخدمة يأخذ وصيته في الرقبة ، وقد تقدم الاختلاف في ذلك .

ومن « المدونة » ومن هلك ولم يدع إلا ثلاثة أعبُد قيمتهم سواء وأوصى بأحدهم لرجل وبخدمة الآخر لآخر حياته ، فإن لم تجز الورثة الوصية أسلموا ثلث الميت

لأهل الوصايا فضرب فيه صاحب الرقبة بقيمتها وصاحب الخدمة بقيمتها على غررها على أقل العمرين ، عمر العبد وعمر المخدم ، يقال : بكم يتكارى هذا العبد إلى انقضاء أقلهما عمر المخدم أو العبد ، إن حيي إلى ذلك الأجل فهو لكم ، وإن مات قبل ذلك بطل حقكم ، فما صار لصاحب الرقبة أخذه فيها ، وما صار لصاحب الخدمة كان به شريكًا للورثة في سائر التركة .

محمد : وقاله أشهب .

وقال : والورثة يخيرون فيما صار لصاحب الخدمة في الحصاص بين أن يكون شريكًا لهم وبين أن يسلموا له العبد يختدمه إلى أجله ، وهذا التخيير للورثة إن شئت بدأت به قبل الحصاص أو بعده .

قال ابن القاسم في « المدونة » : وكذلك إن أوصى مع ذلك لآخر بالثلث فإنهم يتحاصون في ثلث الميت إذا لم يجز الورثة كما وصفنا .

محمد : وقال أشهب : فإن كان الثلث ثلاثين والعبد الموصى به قيمته ثلاثون وقيمة الخدمة خمسة عشر جزءًا ، فلصاحب العبد جزآن ولصاحب الثلث جزءان ولصاحب الخدمة جزءا ، فسهما صاحب العبد يأخذهما فيه فيصير له خمساه ، ويبقى ثلاثة عشر جزءًا من التركة في عبدين وثلاثة أخماس عبد للورثة وعشرة ، ولصاحب الثلث جزآن ، ولصاحب الخدمة جزء وهم في الجميع شركاء ، ولو أوصى برقابهم لرجل وبخدمة أحدهم لرجل حياته ، فأثلاثهم لصاحب الرقاب يبدأ منهم صاحب الخدمة بثلث الذى فيه الخدمة ، فإذا مات رجع إلى صاحب الرقاب ، ولو حملهم الثلث لعجل لصاحب الرقاب الاثنان منهما وبدئ المخدم بالثالث يخدمه ، فإذا مات رجع إلى الآخر ، ولو لم يكن سواهم وأوصى لرجل بثلث كل عبد منهم بتلاً ، قال: فلكل واحد ثلاثة أرباع وصيته ، فيصير للموصى له بثلث كل عبد ربع كل عبد، وللموصى له بثلث العبد ربع ذلك العبد ويصير نصفه للورثة مع ثلاثة أرباع الآخرين.

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أوصى لرجل بمائة دينار ولآخر بخدمة عبده حياته ثم حر ، والعبد كفاف الثلث ، فليعمر الموصى له بالخدمة حياته ، أو العبد إن كان أقصرهما عمراً فتقوم خدمة العبد تلك السنين ذهبًا ، ثم يتحاص هو والموصى له بالمائة في خدمة العبد ، فإذا هلك الموصى له بالخدمة خرج العبد حرًا .

قال ابن القاسم : وإن لم يحمل العبد الثلث ولم تجـز الورثة عتق من العبد مبلغ الثلث وسقطت الوصايا بالخدمة وغيرها .

محمد : قال ابن القاسم وأشهب : وإن كان العـبد أقل من الثلث قدم العتق ، يعنى إلى الأجل .

قالا : ثم يتحاص صاحب الخدمة بقيمتها وأهل الوصايا بوصاياهم في بقية الثلث وفي الخدمة، فيـأخذ أهل الوصايا ما صار لهم في التركـة وفي الخدمة ، ويأخذ أهل الخدمة ما صار لهم في الخدمة .

ولو كان أهل الوصايا أوصى لهم في شيء بعينه أخذوا منه منابهم .

وقال ابن القاسم : يضرب المخدم بقيمة الخدمة في الخدمة وفي بقية الثلث ، ولا يجتمع له حقه في الخدمة .

وقال أصبغ في « كتاب ابن المواز » : وإن كان العبد مع عشرة دنانير هو الثلث ، أخذ العشرة الموصى له بالمائة وهى عشر وصيـته ، ويعطى أيضًا لصاحب الخدمة عشر الخدمـة ، ثم يتحاصـان في تسعة أعـشارها بقـدر ما بقي [ق / ٥٠ / ٩ب] لكل واحد من وصيته . وإن كانـت قيمة الخدمة عشرة دنانير ، فقد صـار عشرها للمخدم ويتحاصان في تسـعة أعشارها على أحد عشر جزءًا ، عـشرة أجزاء لصاحب المائة ، ولو كان باقي الثلث خـمسين أخذها صـاحب المائة ونصف وصيته ، وأخـذ صاحب الخدمة نصفـها ، ثم يتحاصان في نصفهـا بما بقي لهما . وإن كان قيمـة الخدمة كلها خمسين تحاصا في نصفهـا على الثلث والثلثين ، وإنما تقوم الخدمة على أقل العمرين على غررها ابتلعها أم لا ، فلا عهدة في ذلك ولا رجعة .

قال أصبغ : فيأخـذ صاحب الخدمة ما صار له فـيها ، وتخير الورثة فـيما ناب صاحب المائة من الخدمة أن ينفذوه منه بيعته منابته أو يدعوا له المائة من الخدمة .

قال أحمد بن مـيسر الإسكندراني : واختلفا إذا انكشف الأمر على خلاف ذلك التعمير .

فقال أشهب : يؤتنف الحصاص مرة أخرى .

وقال ابن القاسم : لا يرد ذلك كحكم مضى .

ومن « **المدونة** » : قـال ابن القاسم : وإن قـال في وصيتـه : لفلان مـائة دينار

ولفلان خدمة عبدى هذا حياته ثم هو لفلان الثلث ولا تحمل وصيته ، فإن لم تجز الورثة أسلموا الثلث فضرب فيه صاحب المائة بمائة ، ولا يضرب **صاحب** الرقبة وصاحب الخدمة إلا بقيمة الرقبة فقط ، فما صار لهما في المحاصة من الثلث أخذاه في العبد ، وما صار لهما من العبد بدئ فيه المخدم بالخدمة .

فإذا مات المخدم رجع ما كان من العبد في الخدمة لصاحب الرقبة ، وما صار لصاحب المائة كان به شريكًا للورثة فيما بقي في أيديهم من العبد في جميع التركة ، ولا يعمر المخدم في هذه المسألة كما عمر في التى قبلها .

قال ابن القاسم : ومن قال في وصيته : عبدى يخدم فلانًا ،ولم يقل : حياته ولا أجلاً ، وأوصى أن رقبته لفلان ولم يقل : من بعده ، قومت الرقبة وقومت الخدمة على غررها حياة الذى أخدم .

وفي « كتاب محمد » : حياة المخدم ، والمعنى واحد .

قال : ثم يتحاصان في رقبة العبد بقدر ذلك .

وقال أشهب : بل هي وصية واحدة ، والخدمة حياة فلان ، ثم يرجع إلى صاحب الرقبة .

قال أبو محمد : قول أشهب أحسن ، لأنك إن حملت ذلك على أنه حياة العبد فهى رقبة أوصى بها لرجلين فهى بينهما ، ولا معنى لحصاص المخدم بقية الخدمة ، وإنما يحاص بقيمة الرقبة .

وإن كانت حياة المخدم كان مبدأ على صاحب الرقبة .

م : وابن القاسم جعله يضرب بالخدمة ويأخذ ما وقع له في الرقبة ، وهذا خلاف أصلهم ، لأنه إنما يرجع في الرقبة من أوصى له بالرقبة على اختلاف قول مالك.

وقد قال سحنون كلام غيره أحسن وذكر ابن المواز المسألة ، فقال : قال ابن القاسم : يتحاصان هذا بقيمة خدمته حياته ، وهذا بقيمة مرجع رقبته .

وقال أشهب : يبدأ بالخدمة فتخدمه حياته ، ثم تكون رقبته للآخر .

وإن لم يخرج من الثلث فما خرج منه على هذا المعنى .

قال محمد : وهذا هو الصواب ، وأصل قول مالك ، وقد قاله ابن القاسم : فيمن أوصى لرجل بخدمة عبده حياته ولآخر برقبته ولآخر بمائة دينار ، والثلث لا يحمل ذلك ،ولم تجز الورثة ، إنهما يتحاصان الموصى له بقيمة الرقبة فقط ، فما صار لهما أخذاه فيها وبدئ صاحب الخدمة ، فإن مات أخذه صاحب الرقبة بمنزلة من قال : أخدم فلانًا حياته ثم أنت بعد ذلك لفلان .

قال في أول المسألة : وهذا بقيمة مرجع رقبته .

وقال في « المجموعة » : بقيمة رقبته ، مثل ما قال في « المدونة » ، وهو أصوب .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن أخدمت عبدك رجلاً أجلاً مسمى فمات الرجل قبل انقضاء الأجل ، خدم العبد ورثته بقية الأجل ، إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة وإنما هو من عبيد الخدمة .

ومن قال : قد وهبت خدمة عبدى لفلان ، ثم مات فلان فإن لورثته خدمة العبد ما بقي إلا أن يستدل من قوله على أنه أراد حياة المخدم .

وقد قال أشهب : الخدمة هاهنا إنما هي حياة فلان ، ولو كان إما أراد حياة العبد لكانت للرقبة للموهوب له الخدمة .

م : **وقال بعض أصحابنا** : وقول ابن القاسم جيد ، وليس كهبة الرقبة لأنه بين ما زاده من هبة الخدمة فقط ، دون مال يموت عنه العبد وأرش الجناية عليه ، هذه أبقاها لنفسه ولا يلزمه ما قاله أشهب من أنها هبة الرقبة .

قال ابن المواز : ولو قال في وصيته : يخدم عبدى فلانًا ، ثم مات ولم يكن وقَّت وقتًا، فليس بين أصحابنا فيه اختلاف علمته أن ذلك حياة المخدم، وهو إن شاء الله قول ابن القاسم وأشهب .

محمد : ومن أوصى لرجل بخدمة عبده حياته ، وأوصى بوصايا لغيره فلم يدع غير العبد ، فأجاز الورثة الوصية بالخدمة ، فليبع ثلث العبد فيتحاص في ثمنه أهل الوصايا وصاحب الخدمة بالتعمير .

م : يريد بثلث الخدمة فما صار له أخذه بتلاً ، ثم يستخدم ثلثى العبد حياته ثم يرجع إلى الورثة ، وقاله أصبغ .

فيمن أوصى بوصايا لقوم وبباقى الثلث لآخرين

قال مالك : ومن أوصى بخدمة عبده لرجل حياته وما بقي من ثلثه فلفلان ، وكان العبد هو الثلث بدئ بالخدمة ، فإذا انقضت الخدمة كانت الرقبة لصاحب باقي الثلث [ق / ٥١ / ٩ب] قال ابن القاسم : زادت قيمته الآن أو نقصت .

قال مالك : وكذلك من قال :داري حبس على فلان وما بقي من ثلثي فلفلان ، والدار كفاف الثلث ، فإذا رجعت الدار كانت لصاحب باقي الثلث ، ولو مات العبد قبل التقويم لأحيي بالذكر وأضيفت قيمته إلى ما بقي ، فإن كان هو الثلث فلا شيء للموصى له ببقية الثلث ، ولو أوصى مع ذلك بوصايا أخرجت الوصايا من ثلث ما بقي ثم أحيي الميت بالذكر وحسب مع الوصايا ، فإن بقي بعد ذلك بقية من الثلث أنفذت للموصى له ببقية الثلث ، وإن لم يبق شيء فلا شيء للموصى له .

قال ابن المواز : وإذا كان العبد في المسألة الأولى أقل من الثلث يوم النظر والحكم ، كان للموصى له ما بقي من الثلث ما فضل من الثلث عن قيمة العبد ، ومرجع العبد أيضًا متى ما رجع إن كان هو باق ، أو إلى ورثته من بعده إن كان ميتًا.

وإن كان العبد يوم النظر في أمره أكثر من الثلث خير الورثة فإن شاؤوا أجازوا للمخدم العبد كله يخدمه حياته على أنه إذا رجع كان ما يحمل الثلث منه اليوم ، ليس يوم يرجع للموصى له بما بقي من الثلث ، وإن أبوا فليقطعوا للمخدم بثلث مال الميت من كل شيء تركه بتلاً وسقطت الوصية بباقي الثلث .

م : ونزلت عندنا فيمن أوصى أن يكاتب عبده بستين دينارًا وبباقي ثلثه لفلان ، والعبد كفاف الثلث أو أقل ، ورضى العبد بالكتابة .

فقال جماعة أصحابنا : إن الكتابة تكون لصاحب باقى الثلث ، وكذلك إن بقي بعد قيمة العبد من الثلث شيء فإنه يكون له مع الكتابة ، لأن العبد إذا كان كفاف الثلث يوم التقويم فقد استوفى الميت ثلثه والورثة الثلثين، فلا شيء لهم من الكتابة ، ولا حجة لهم أن الميت أخرج أكثر من ثلثه ، لأن الكتابة غلة ذلك الثلث فهي كبقيته فلا شيء للورثة فيها ، ألا ترى أن المريض إذا كاتب عبده بألف وقيمة رقبته مائة ، وذلك كفاف الثلث ، فأوصى بكتابته لرجل ، أن الكتابة والوصية جائزة ، فلما خرج

العبد من الثلث لم يراعوا ما يقبض منه من الكتابة ، لأن ذلك غلة ما خرج الثلث ، وكأنه لم يخرج إلا ثلثه فقط .

وقد قيل في هذه المسألة : إنه يجعل قيمة الكتابة في الثلث، وإن كان أكثر من قيمة الرقبة فإذا حملها الثلث بعد إسقاط قيمة الرقبة من مال الميت جازت الوصية والكتابة ، يريد وإن كان ذلك كله أكثر من الثلث ، ولا يجوز أن تقوم الرقبة والكتابة في الثلث .

فصل

ومن « **العتبية** » : قال عيسى عن ابن القاسم : قال مالك : فيمن أوصى بوصايا لقوم ، وأوصى ببقية ثلثه لرجل ثم أقام أيامًا فأوصى بعتق رقبة له ، وأوصى بوصايا لقوم آخرين ، ولم يعين من الوصية الأولى شيئًا ثم مات .

قال مالك : يبدأ بالعتق ثم يكون أهل الوصايا الأولين والآخرين في الثلث سواء،إن وسعهم أخذوه وإلا تحاصوا فيه بقدر وصاياهم بعد العتق ، ولا يكون للموصى له ببقية الثلث شيء إلا بعد العتق وبعد أخذ أهل الوصايا الأولين والآخرين وصاياهم.

قال ابن القاسم : وإن مات أحد العبيد أو استحق ، فأخذوا له قيمة ، أو رد أحد من أهل الوصايا وصيته لم يكن للذى أوصى له ببقية الثلث في ذلك شيء ، ويدخل في الثلث قيمة الميت وثمن المستحق ووصية الراد ، ويكون ذلك للورثة .

قال :فإن فضل بعد ذلك شيء من الثلث أخذه وإلا فلا شيء له .

وقال فيمن أوصى لرجل بعشرة ولآخر بعشرة ولآخر بعبده ، أو أوصى بعتقه ولآخر ببقية الثلث ، فمات العبد قبل النظر في الثلث فإنه ينظر في ذلك ، فإن كان في الثلث قدر العبد والعشرتين فلا شيء لصاحب باقي الثلث .

وإن كان ثلثه قدر قيمة العبد فقط زال صاحب باقي الثلث ورجع صاحبا العشرتين فأخذا وصيتهما من ثلث ما بقي بعد العبد أو ما حمل منها ، لأن ما هلك من التركة كما لم ، وإنما اعتبرنا قيمته لصاحب باقي الثلث ولو لم يوص بباقي الثلث كانت الوصايا في ثلث ما بقي وألغى العبد .

قال في « كتاب ابن المواز » : يأخذ أهل التسمية ما سمى لهم من ثلث ما بقي

بعد العـبد كأنه لم يكن ، ثم يحيى العـبد بالذكر فيـضم قيمتـه إلى ما ترك الميت ثم يخرج من ثلث الجـميع ، العبـد والوصايا، فإن بقي بعـد ذلك شيء من الثلث كان لصاحب باقي الثلث ، وإلا فلا شيء له .

ومن « المجموعة » : قال على وابن وهب وابن القاسم عن مالك : ومن أوصى بعتق عبده ولرجل بباقي ثلثه فمات العبد قبل النظر فيه .

قال : يقـوم وتضم قيـمتـه إلى باقي المال ثم ينظر ثلث ذلك فـيطرح منه قيـمة العبد، فما بقي فهو كله للموصى له بباقي الثلث ، وقاله ابن كنانة .

وقال المغيرة : ينظر إلى قيمة العـبد فيطرح من ثلث ما بقي من مال الميت سوى العبد ، فإن بقي منه شيء كان لصاحب باقي الثلث .

وقال على : ولو أوصى ببيع ذلك بعشرة لرجل ، حملت قـيمة العبد على بقية المال ، ثم أزلت من ثلث الجـميع قيـمة العبـد ثم العشـرة فما بقي فلـصاحب باقي الثلث، فإن لم يكن فيه بعد العبد عـشرة نظر إلى تـلك الحال ، يخير العبد فـأعطى [ق/ ٥٢ / ٩ب] منه صاحب العشرة عشرة ، وكان ما بقي للورثة .

وقال عـبد الملك : موت العبد في الوصـايا المسماة من رأس المال والذى له باقي الثلث من الثلث .

م : وهذا هو الأصل فاعتمد عليه ، ووجه ذلك أن الموصى له ببقية ، الثلث قد خصه ، أن كـذا وكذا مبدأ عليه ، وإنما له مـا بقي بعده ، فكأنه إنما أوصى له بتلك البقيـة لا يعدوها ، فسواء هلكت تلك الوصـايا المبدأة أو بقيت إنما لهذا مـا بقي بعد تقدير إخراجها ، كذلك أراد الميت ، والوصايا المسماة لم يخصها بشيء ، إنما قال : لفلان كذا وعبدى حر ولفلان كذا .

وإذا مات العبد قبل ذلك ،وكأنه لم يؤمـر فيه بشيء وبقي من قوله لفلان كذا ، فوجب أن تكون من ثلث ما بـقي ، والآخر إذا مات العبد بقي من قـوله : لفلان ما بقى بعد العبد ، فوجب أن يكون كذلك . والله أعلم .

قال على عن مالك : وإذا أوصى لرجل بمال ولآخر بباقي الثلث فمات الموصى له بالتسـميـة قبل مـوت الموصى ولم يعلم به ، فإنما لصـاحب باقى الثلث ما بـقى بعد

إخراج التسمية من الثلث ، ثم تعود التسمية ميراثًا .

وقال في التي أوصت بعتق أمة لها وبعشرة لفلان وخمسة لفلان وباقي الثلث لفلان ، ثم صحت فأعتقت الأمة ومات الموصى لهم بالمال ، ثم ماتت هي ، فلصاحب باقي الثلث ما بقى بعد قيمة الجارية وبعد الخمسة عشر .

ومن « العتبية » و « المجموعة » : قال ابن القاسم عن مالك فيمن قال : اكتبوا ما بقى من ثلثى لفلان ، فإني أريد أن أوصى غدًا فمات قبل أن يوصى ، فلا شيء لفلان .

قال ابن القاسم : لأنه لا يدرى أن لو أوصى أيبقى له شيء أم لا .

وقال أشهب في « العتبية » : له الثلث كله .

قال عيسى عن ابن القاسم : ولو أوصى لرجل بعشرة دنانير ، ثم قال : أنا أريد أن أوصى غدًا ولكن أشهدوا أن ما بقى من ثلثى لفلان ، ثم مات قبل أن يوصى فلا شيء له .

فيمن أوصى بشيء مجهول وأوصى معه بوصايا

قال مالك : ومن قال في وصيته : قدوا في هذا المسجد مصباحًا أقيموه له ، وأوصى مع ذلك بوصايا ، فليحاص المسجد بقدر قيمة الثلث ولأهل الوصايا بما سمى لهم في الثلث ، فما صار للمسجد في ذلك من المحاصة وقف له فيستصبح به فيه حتى ينجز .

قال سحنون : وقاله الرواة .

قال ابن الماجشون في « المجموعة » : ومن أوصى بما لا أمد له في غير شيء ، وأوصى بوصايا غيرها فإنه يضرب للمجهولات كلها بالثلث ، وكأنها صنف واحد ، ولو لم يوص بغير المجهولات قسم الثلث على عدد المجهولات.

وقال بعض الفقهاء : إذا أوصى بوقيد قنديل في مسجد كل ليلة للأبد ، وأن يسقى كل يوم راوية ، فعلى قول من قال : يضرب للمجهولات كلها بالثلث ، يجب أن ينظر كم ثمن راوية ماء لكل يوم ، وكم ثمن القنديل كل ليلة ، فيقسم الثلث بينهما على قدر ذلك .

م : وهذا خلاف ما ذكر ابن الماجشون ، لأنه قال : يقسم الثلث على عدد المجهولات ، ووجه هذا فلأن كل مجهول لو انفرد لضرب له بالثلث ، فإذا اجتمعوا قسم الثلث على عددهم .

قال : وقد قيل يضرب لكل مجهول بالثلث ، فعلى هذا يجب أن يقسم الثلث بينهما نصفين لتساوى الضرب بينهما إذ كل واحد منهما ضرب له بالثلث .

ومن « كتاب ابن المواز » ، وأراه لأشهب : ومن أوصى أن ينفق على فلان درهم في كل شهر وأوصى بعتق وجعلان في السبيل ، وأن يتصدق بدرهم كل شهر، فليعمر صاحب النفقة ويحاص له بدرهم كل شهر مبلغ تعميره ، ويحاص للفرس والعبد بقيمة وسطة ، ويحاص للصدقة بالدرهم كل شهر بالثلث كله ، وإن قلت بالمال كله كان حسنًا .

فإن خرج نصف وصاياهم أنفق على الموصى له بدرهم كل شهر نصف درهم .

وأما الصدقة بدرهم كل شهر فيتصدق بالدرهم كاملاً كل شهر ، لأن يعجل النفقة أفضل ، وإن لم يصر للعبد والفرس ما يشترى به ذلك أعين به فيهما .

وذكر ابن القرطبى أن أشهب يرى أن يحاص بما أوصى به مما لا أمد له من وقيد مسجد أو سقى ماء بالمال كله .

فيما يختلع لأهل الوصايا فيه من الثلث والوصية بالعين

قال مالك : ومن أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيرها ، قيل للورثة : أسلموا له سكناها أو فاقطعوا له بثلثها بتلاً .

وإن أوصى أن تؤجر أرضه سنين مسماة بثمن معلوم ، وقيمة الأرض أكثر من الثلث ، ولم تجز الورثة ، قيل لهم : فأخرجوا له منه ثلث الميت بتلاً بغير ثمن .

م : وحكى لنا بعض فقهاء القرويين أنه قال : ولو أوصى أن تكرى أرضه من رجل ولم يسم ما تكرى به منه والثلث يحملها فبدَّلها الورثة بحطيطة ثلث الكراء فلم يقبل إلا أن يحط عنه أكثر ، فإن الورثة إن لم يكروا منه بما قال قطعوا له بثلث الأرض يزرعها بغير كراء ، ولو لم يحملها [ق / ٥٣ / ٩ب] الثلث ، فأبى الورثة أن يحطوه ثلث الكراء .

م : يريد ، أو أبوا أن يكروها منه فليقطعوا له بثلث الميت من كل شيء تركه .

ولو سمى الميت أن تكرى منه بكذا لم يحط من ثلث التسمية شيء .

وفي « كتاب محمد » : وإن أوصى بدنانير وله دور وعين ، والوصية تخرج من ثلث الجميع ، فذلك جائز ولم يجعل للورثة حجة في أن الميت جمع ثلثه في العين وعوضهم عن ذلك العرض .

وفي غير « كتاب محمد » : أنهم يخيرون ، إن شاؤوا دفعوا الدنانير أو قطعوا له بثلث الميت في الدنانير والعروض .

وقال بعض فقهاء القرويين : ينبغي إذا كانت عروضًا لا مشقة في بيعها أن ذلك لازم لهم كما للميت أن يتصدق بثلثه دارًا من دوره أو عبدًا من عبيده ، فلا كلام للورثة ، فكذلك له أن يجعل ثلثه في العين أو لا مشقة عليهم ولا ضرر في بيع ذلك العرض .

وأما لو كانت العروض أو الدور يشق بيعها ويطول ، فإنهم مخيرون بين إجازة ذلك أو يقطعوا له بثلث الميت في كل شيء .

ومن « المدونة » : وقد أوصى بوصايا وله مال حاضر ومال غائب ، ولا تخرج الوصايا مما حضر ، خير الورثة بين إخراجها مما حضر أو إسلام ثلث الحاضر ،وثلث الغائب لأهل الوصايا يتحاصون فيه .

قال مالك : وكذلك إن أوصى لرجل بمائة دينار وله ديون ، ولا تخرج المائة من ثلث ما حضر ، خير الورثة بين أن يجعلوا له المائة مما حضر أو يقطعوا له بثلث الميت في الحاضر، فإذا خرج الدين أخذ ثلثه .

قال عبد الملك في « المجموعة » : وقد أعتق النبي ﷺ ثلث العبيد الذين أعتق الميت جميعهم ، فمنع بعضهم العتق والميت قد أشاعه في جميعهم .

قال : وعلى هذا جماعة أهل المدينة ، واحتج غيره في غير « المجموعة » لما وافقنا به المخالف في جناية العبد لما يقل أرشه فيأبى سيده أن يفديه ويسلمه فيسلم كثيرًا في قليل إذا أبى أن يفديه ، فكذلك على الورثة في إسلام وصيته أو إسلام ثلث تركته .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن لم يترك إلا مائة عينًا ومائة دينًا فأوصى لرجل بثلث العين ولآخر بثلث الدين ، فذلك نافذ ولكل واحد ثلث مائته بلا

حصاص .

وإن أوصى لهذا بخمسين من العين ولهذا بأربعين من الدين ، فإن لم تجز الورثة أسلموه الميت العين وثلث الدين إليهما ، ونظر كم قيمة الأربعين الذين نقدا ، فإن قيل : عشرون ، كانت ثلث العين والدين بينهما على سبعة أجزاء للموصى له بالخمسين ، المعين خمسة أجزاء ، وللموصى له بالأربعين الذين جزآن ، فهكذا يقتسمون ثلث الحاضر وثلث الدين على سبعة أجزاء كما وصفنا .

محمد : قال مالك : وإذا لم يترك المائة عينًا ومائة دينًا ، فأوصى لرجل بنصف العين ولآخر بنصف الدين ، أو ثلث هذه وثلث هذه ، أو بعدد من هذه ومن الأخرى بعدد مثله ، أو لهذا بالمائة العين ولهذا بالمائة الدين ، فلكل واحد ما سمى له من مائته إن حمله الثلث ، وإلا فلكل واحد ثلث مائته .فأما إن حلف غير المائتين فلا يخرج ما سمى من الثلث ، فلابد أن تخير الورثة فيجيزوا أن يسلموا الثلث من كل شيء فيتحاص فيه صاحب العين بقدر وصيته وصاحب الدين بقيمة وصيته ، وقاله ابن القاسم وأشهب في « المجموعة » .

قالا : وكذلك لو ذكر لهذا من العدد في العين خلاف ما سمى للآخر من الدين ولم يحمل الثلث ذلك كان الخيار للورثة ، فإن لم يجيزوا أسلموا ثلثه فليتحاصا فيه بعدد العين وقيمة الدين .

قال سحنون : سواء اتفقت وصيتهما أو اختلفت إذا لم تجز الورثة قطعوا لهما بالثلث ، فليتحاصا فيه في العين بعدده وفي الدين بقيمته ، ألا ترى لو أوصى بمائة الدين ولم تجز الورثة لضيق الثلث أنهم يقطعون للموصى له بالثلث ، ولا يكون كعرض بعينه يقطع له فيه .

م : وقول سحنون موافق لما في « المدونة » ، ونحوه لابن القاسم في «المستخرجة » .

م : **قال ابن القاسم** : إذا ترك عينًا ودينًا ، فأوصى بالعين أن تخرج عنه وقيمة الدين مثل العين .

قال : لا يلزم ذلك الورثة لتعذر بيع الدين أو لغيبة من عليه هو ، فلا يجوز بيعه، فيصير الميت قد أخذ منهم ما هو ناض وأبقى لهم ما عليهم فيه ضرر .

وأما لو أوصى بالدين وقيمة الثلث لجاز ، لأن الدين كالعرض ، فكأنه أوصى بعرض قيمته الثلث ، مثل أن يترك مائة عينًا ومائة دينًا ، وقيمة المائة الدين خمسون فوصيته بها جائزة ولا كلام للورثة ، ولو لم يحمل الدين الثلث لخير الورثة ، فإما أجازوه أو قطعوا له بثلث العين والدين .

وقيل : يقطع له فيه بالثلث في الدين ، كالعرض الموصى له به ولا يحمله الثلث أنه يقطع فيه .

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل باثنى عشر دينارا هي له عليه وهو معدم ، فأوصى لآخر باثنى عشر عينًا تركها لا مال له غير ذلك فلم تجز الورثة.

قال : يخرج ثلث الاثنى عشر العين وهي أربعة لأهل الوصايا ، ويكون ثلثها ثمانية للورثة ، ثم ينظر كم قيمة الاثنى عشر الدين الساعة ؟

فإن كان أربعة ضرب الذى أوصى له بالاثنى عشر الدين [ق / ٥٤ / ٩ب] بأربعة لأنها وصيته ، وضرب الموصى له بالعين بالاثنى عشر عدد وصيته في هذه الأربعة التي هي ثلث العين ، فيصير للموصى له بالعين منها ثلاثة فيأخذها ، ويصير للآخر دينار فيوقف ويطرح عنه مثله من الدين ثم يرجع إلى ثلث الاثنى عشر الدين فيعاد فيها الضرب كما صنع في الأولى ، يضرب الذى هي عليه بأربعة والآخر باثنى عشر يضربان بذلك في ثلثها ، وثلثاها للورثة ، فثلثها أربعة فيضرب لصاحب الاثني عشر ثلاثة ، ولصاحب الأربعة واحد ، فيطرح عنه من الدين الذى هو عليه ، وقد طرح عنه آخر مكان الدينار الذى صار له من العين في المحاصة ، فيبقى عليه عشرة ثم يرجع الورثة ، والذى أوصى بالعين إلى الدينار الذى أوقف فيتحاصان فيه بمقدار ما ناب كل واحد من الاثنى عشر الدين ، فيضرب فيه الورثة بقدر ميراثهم وهو ثمانية ، والموصى له بالدين بشيء فيه لأنه قد ضرب فيه مرة ، وإنما هذا شيء صار له في المحاصة ، واحد منه في الدين الذى عليه ، ثم ما اقتضى من العشرة الباقية عليه فعلوا فيه مثل ذلك سواء ، ولا يدخل الذى عليه الدين معهم في شيء من ذلك.

قال ابن القاسم فيها وفي « المجموعة » : ولو كانت له مائة على ملي ومائة على معدم وترك مائة عينًا لا غير ، وأوصى للغريمين لكل واحد بما على صاحبه ولم يجز الورثة فليتحاصوا في ثلث المائة الحاضرة وثلث المائتين الدين .

قال في « المجموعة » : ينظر إلى قيمة المائة التي على الملي إن كانت لم تحل أن لو بيعت بالنقد ، فإن قيل : ستون ، وقيل في التى على المعدم : ثلاثون ، فثلثا الثلث للمعدم ، وثلث الثلث للمليٍّ من عين ودين ، فصار للمعدم مما على الموسر ثلثا ثلثه، وذلك اثنان وعشرون ديناراً وتُسعا دينار ، وللموسر مما على المعسر ثلث ثلثه وهو أحد عشر وتُسع ، وليس له أن يقاصه بها ، لأن عليه دينًا للورثة فيؤخذ من الموسر ما كان للمعسر ، فيضم إلى ما للمعسر بالحصاص من المائة الناضة ،وذلك اثنان وعشرون وتُسعان أيضًا ، فيكون الجميع أربعة وأربعين وأربعة أتساع ، فيحاص في ذلك كله الورثة والموسر بقدر ما لكل واحد عند المعسر .

م : يريد : والذى للموسر على المعسر أحد عشر وتُسع ، وللورثة عليه ستة وستون وثلثان ثلثا المائة التى عليه ، فيقتسمون ذلك على سبعة أجزاء ، للورثة ستة أجزاء وللمليّ جزء ، فيقع للورثة من ذلك ثمانية وثلاثون وستة أسباع تُسع ، وللمليّ ستة وثلاثون وثلاثة أسباع وتُسع تُسع ، ويسقط عن المعدم جميع ما أوصى له به ، وذلك تسعا كل مائة وهو ستة وستون وثلثان ، ويبقى عليه ثلاثة وثلاثون وثلث، فكل ما اقتضى منه بعد ذلك من شيء فيقتسمه الورثة والمليّ على سبعة أجزاء كما وصفنا .

قال ابن القاسم : ولو كانت المائة التى على المليّ حالة لضرب المعسر في الحصاص بعددها نقدًا ، وتؤخذ من المليّ فتضم إلى المائة الأخرى ، فيكون كمن ترك مائتين عينًا ومائة دينًا على عديم فأوصى بالمائة الدين لرجل وبمائة من العين لآخر ، فيعمل فيه على ما مضى من التفسير .

م : وهذا كله موافق لما في « المدونة » .

وذكر ابن المواز المسألة فقال : إذا كانت له مائة على مليّ ومائة على معدم ، فأوصى لأجنبي فإن حمل ذلك الثلث فلكل واحد مائته التى أوصى له بها بعينها .

وإن لم يكن له غيرهما واستوت وصيته من كل مائة بعدد أو جزء أكثر من الثلث قطع لكل واحد منهما بثلث مائته التى أوصى له بها بعينها ،ولا يشتركان في كل مائة ولا حصاص بينهما ، وإنما يشتركان أبدًا أن لو كان للميت شيء آخر غير المائتين الدين ولا تحمل وصيته الثلث ولا يجيز ذلك الورثة ، لأن هاهنا يقطع لهما بالثلث فيكونان شريكين فيما قطع لهما ويتحاصان بقيمة وصية كل واحد ، لأنهما إذا

شاركوا الورثة في كل شيء لم يقدر على إنفاذ الوصية بعينها فيما أوصى لهم به بعينه.

قال محمد : وقول مالك وابن القاسم وأشهب : إنه لا يقوم الدين الموصى به ، وإنما يحسب عدده ، فإن خرج ذلك من الثلث وإلا لم يكن بد من قطع الثلث من كل شيء بعينه ، إلا أن ينفذو الورثة الوصية .

م : وإنما استحسن إن كان الدين إذا قوم خرج من الثلث قومته بالنقد ثم كان لكل واحد مائته بعينها .

وإن لم يخرج لم أقومه .

ومذهب المغيرة والمخزومي وابن وهب : يقوم الدين الموصى به على كل حال ، فإن خرج وإلا كانت المحاصة على القيم وتساويا بين الوصية بالدين لهما أو لغيرهما، وأنا أرى أنه مفترق ، فإن أوصى به لغير من هو عليه فإنه يقوم .

وإن لم يكن له وصية لغيره ، فإن أوصى به لغير من هو عليه فإنه يقوم وإن لم يكن معه وصية لغيره . وإن أوصى به لمن هو عليه ، فإن كان حالاً ولم يكن معه وصية لغيره ، فلا يقوم ويحسب على عدده في الثلث لأنه كالحاضر إذ يتعجله لنفسه، فكأنه وإن كان معه وصية لغيره وهو عديم ، فلابد من التقويم ، لأنه كالآجل وكذلك إن كان إلى أجل قوم ، فإن خرج من الثلث وإلا خُلع له الثلث من كل شيء إذا لم تجز الورثة .

قال : ومن أخذ بقول مالك في الدين أنه إنما يحسب عدده، فلا يقوم ، فإنما ذلك إذا لم يوص [ق/ ٥٥ / ٩ب] معه لغيره ، فأما إن أوصى لغيره فلابد من التقويم في ضيق الثلث للمحاصة ، قاله مالك وابن القاسم والمغيرة وابن كنانة وأصحاب ابن القاسم.

قلت : فإن كان له على رجل عشرون ديناراً ، فأوصى له بتركها وله ناض ثلاثون ديناراً ولم يوص لغيره والدين حال .

قال : فأسقط عن الغريم ستة عشر ديناراً وثلثي دينار وهو ثلث الجميع ويتبعه الورثة بما بقى عليه من دينه وهو ثلاثة دنانير وثلث دينار .

وإن كان الدين لم يحل فإنه يقوم .فإن خرج من الثلث نفذت له الوصية .

وإن لم يخرج خير الورثة بين إنفاذ ذلك أو القطع له بثلث الميت ، فيعطى ثلث الحاضر معجلاً ويسقط عنه ثلث الدين .

فإذا حل الأجل اتبعوه بثلثى ما عليه من الدين .

قلت : فأوصى معه لغيره بثلث ما له والدين حال كيف يقوم ؟

قال : أما إن كان الذى عليه الدين موسرًا فإن ذلك يؤخذ منه ، فلا يكون فيه تقويم .

وإن كان عديمًا فهى كالآجلة ، فلابد من تقويمها بالعرض أو الطعام نقدًا ، ثم يقوم ذلك بالعين نقدًا ، فإن كان قيمة ذلك خمسة عشر وقيمة الدين الذى أوصى بتركه لمن هو عليه خمسة عشر ، فصار الثلث بينهما نصفين فيترك للذى عليه الدين نصف ما عليه ، ويؤدى ما بقى ويكون صاحب الثلث شريكًا للورثة في سائر مال الميت مما بقى على هذا المديان وغيره على خمسة أجزاء ، للموصى له جزء وللورثة أربعة أجزاء ، وفيه وجه آخر أنهما يشتركان في الثلث من الدين وثلث العين ، فما صار للذى عليه الدين من العين أخذه منه شريكه في الوصية والورثة ، ويقتسمونه على خمسة أجزاء ويسقط عن المديان مثله مما بقى عليه كالجواب إذا لم يحل الدين .

م : وهذا خلاف الوجه الأول .

قال محمد : وإذا لم يحل الدين ولم تجز الورثة فلابد للورثة من أن يقطعوا لهما بثلث العين والدين ، فيكون ذلك للموصى لهما ، فصار للذى عليه الدين سلم إليه فإذا حل ما عليه من الدين اتبعه الورثة والموصى له بالثلث بما بقى لهم عليه ، وذلك ستة عشر وثلثان ، فيقتسمون ذلك على خمسة أجزاء، للموصى له سهم وللورثة أربعة أسهم .

قلت : فلو كانت له عشرة دنانير على موسر وعشرة على معدم ،وله عشرة أخرى ناضة ، فأوصى بما على الموسر لرجل وبما على المعدم لرجل آخر ؟

قال : لو لم يكن له غير العشرين الدين ، لكان لكل واحد منهما ثلث عشرته التى أوصى له بها ، لأنه استوت وصيتهما من كل عشرة .

فأما إذا كان له سواهما مما لا يخرج العشرتان من الثلث ولم تجز الورثة ، فلابد

أن يقطع للموصى لهما بثلث ذلك في كل عشرة من الناض والدين ، فيقسمان ذلك على قدر قيمته عشرة لكل واحد منهما ، وكل ما حلت عشرة أخذت الورثة ثلثيها ، واقتسم هذا ثلثها على ما وصفنا .

وكذلك لو أوصى بما على الموسر وبما على المعسر للموسر .

قال : ولو أوصى لكل واحد بعشرته التى عليه وقد حلتا لقطع لكل واحد بنصف عشرته التى عليه ، فيستوعبان بذلك ثلث الميت إلا أن يكون على المعدم مما لا يرجى ولا تكون له قيمة، وكأنه لم يوص لصاحبها بشيء يقطع لصاحب العشرة التى ترجى بثلثيها سبعة إلا ثلثًا .

قلت لمحمد : وقد كان يعرف من قول مالك : إذا أوصى بما على المليِّ للمعدم، وبما على المعدم للمليِّ ، وله عشرة ناضة أن يكون لكل واحد ثلث العشرة الموصى له بها ، ويكون ثلث الناضة بينهما نصفين .

قال : كنت أقول به ، وقال به من أرضى ، ثم رأيته لا يعتدل ، فإن اعتدل إذا حلتا لم يعتدل إذا لم يحلا ، أو حل أحدهما ، لأنك لا تجعل للمعدم نصيبه من العين ويقطع له بما عليه ، فقد استوفى وصيته ولم يستوف الورثة ما لهم ، والصواب أن يقطع لهما بثلث كل مائة ، فيتحاصان في ذلك على القيم أوصى بذلك لمن عليه أو لأجنبى .

قال : ومن أوصى لرجل بعشرة دنانير وليس له إلا مائة دينار دينًا ، فيقبض من المائة عشرة ، فلا تُخير الورثة في دفعها أو القطع له بثلث الميت ، لأن الميت قد علم أن جميع ما له دين ، فإنما أشركه في المائة بعشرة ، ولم يقل : من أولها ولا من آخرها ، فقد أوصى له بعشرها ولو كان من الميت شيء يدل على تبدئته وجب التخيير .

قيل : فلو قبضت من المائة ثلاثين ، أيعطى الموصى له منها عشرة ؟

فقال : لا يعطى منها إلا عشرها ، ولو كان قبضت المائة منها خمسة عشر قبل أن يموت ، أو كان عنده خمسة عشر من غيرها ، خير الورثة بين دفع العشرة نقدًا أو القطع له فيما بقى بخمسة أو القطع له بالثلث كله بتلاً، وكذلك لو كانت خمسة لخير بين دفع الخمسة ويكون شريكًا فيما بقى بخمسة وبين القطع له بالثلث بتلاً.

فيمن أوصى بعتق وله على ورثة دين

ومن كتاب ابن المواز : عن امرأة تركت زوجها وابنها وتركت مدبرة أو موصى بعتقها ، قيمتها مائة ، ولها على زوجها مائة وهو عديم ، فالمال بينهم على ستة أسهم ، فسهمان للأمة وهو الثلث ، وربع ما بقى للزوج وهو واحد ، وثلاثة للابن، فأزل سهم الزوج لأن سيده أكثر من حقه ، تبقى خمسة تنقسم ، فيؤخذ ثلث الزوج فيما عنده من الدين فيكون بين الأخ والأمة [ق / ٥٦ / ٩ب] نصفين ، ويبقى على الزوج فاضلاً عن حقه خمسون بين الأخ والمدبرة نصفين .

م : أما الذى في « النوادر » : ويبقى على الزوج فاضلاً عن حقه خمسون للأخ وخمسون للمدبرة ،وليس الأمر كذلك ، لأن الزوج أخذ منه ثلث المدبرة فيما عليه فسقط عنه لذلك خمسون ، وسقط عنه خمسون أخرى حصته من الدين ، وبقى عليه خمسون أخرى بين الأخ والمدبرة نصفين ، خمسة وعشرون لكل واحد ، فيعمل الأخ في سهمه ما شاء من بيع وغيره ، وتعجل بيع ما للمدبرة على الزوج بعرض ثم يباع بعين ويعطى للأخ يتعجل عتق ما قابل ذلك منها .

قال ابن القاسم : وهذا أحب إليَّ من أن يقسما ذلك على الزوج فيورث حقه أو يباع إن فلس. ولو كان الزوج غائبًا بعيد الغيبة لا يعرف حاله لم يبع مما عليه شيء ، إلا أن يكون غيبته قريبة يعرف ملاؤه من عدمه .

ولو لم يبع مما عليه شيء ولا أيسر حتى حالت قيمة المدبرة بزيادة أو نقصت ثم أيسر ، لم يتوقف فيها قيمة ، والقيمة المتقدمة كحكم نفذ.

ولو ماتت الأمة قبل ذلك وقد تركت المرأة زوجها وابنها ، فإن ما كان لها على الزوج للابن كله ولو استوفى من الزوج وقد زادت قيمة الجارية حتى صارت قيمة ثلاثة أخماسها أكثر مما كان لم ينظر إلى ذلك ، ولم يعتق منها غير ما عتق .

ولو قبضت من الزوج بعد ما نقصت فليعتق منها تمام الثلثين ، زادت قيمتها أو نقصت .

ولو آيس مما على الزوج فباع الابن ثلاثة أخماسها ثم أيسر الزوج ، فلينقض من ذلك البيع تمام ثلثيها ، فيعتق زادت قيمتها أو نقصت ، ويرد الابن على المشترى حصة ذلك ، ولا يمنع الابن أو الأخ من بيع ما بيده منها .

وإن لم يؤايس مما على الزوج بعدم أو موت ، ولكن إن شاء البيع بدئ بيع ما للمدبرة على الزوج ليعجل منه عتقها ويأخذ الابن منه ، ثم يطلق يده على بيع ما بقى له فيها إلا أن يؤايس مما على الزوج بعدم أو موت ، فللابن تعجيل بيع جميع ما بيده منها ، ثم إن طرأ للزوج مال نقص من ذلك البيع ما يتم به عتق ثلثيها ، ولو لم يكن عتق وكانت وصية بمال لرجل أو صدقة على أحد الورثة دين ، فالجواب مثل ما تقدم في العتق سواء ، ويحاص ذوا الوصية الوارث الذى لا دين عليه فيما حضر ، وسواء كانت الوصية دنانير بعينها أو بغير عينها فهو سواء عند مالك وأصحابه ،إلا شيء ذكر عن أصبغ .

قال محمد : وقول مالك أبين وأصوب .

م : ونقلت مسألة من رد وصيته أنها ترجع ميراثًا ويحاص فيها أهل الوصايا إلى مسائل من مات قبل الموصى في آخر الكتاب .

بقية القول فيما يختلع من الثلث في وصيته بدين أو عين أو شيء بعينه

قال مالك : ومن أوصى لرجل بدين له ولم يحمل ذلك الثلث ، وأبى الورثة أن يجيزوا ، قطعوا بثلث العين والدين .

وإن أوصى بنقد ولم يكن فيما ترك الميت من النقد ، فقالت الورثة : قد عال وليس له أخذ العين ويعطينا العرض ، فأما أعطوه ذلك من النقد وإلا قطعوا له بثلث الميت حيثما كان .

وأصل هذا من قول مالك أن من أوصى بوصية عال فيها على ثلثه أو أوصى بأكثر من ثلث ماله العين الحاضر وأبى الورثة أن يجيزوا ، فإنهم يخرجون لأهل الوصايا من ثلث ما ترك الميت من عرض أو عين أو دين أو عقار أو غيره ، إلا في خصلة واحدة فإن مالكًا اختلف قوله فيها ، **فقال مرة :** إذا أوصى له بعبد بعينه أو بدابة بعينها وضاق الثلث ، فإن لم يجيزوا الورثة قطعوا له بثلث مال الميت من كل شيء .

وقال مرة : يقطعون له بمبلغ ثلث جميع التركة في ذلك الشيء بعينه ، لأن وصيته وقعت فيه ، وهذا أحب إليَّ بخلاف الوصية بالخدمة والسكنى .

ومن «كتاب ابن المواز» ونحوه في « المجموعة » : قال أشهب : وإذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بفرس بعينه وهما حاضران ، فإن خرجا من ثلثه من الحاضر مضى ذلك وإلا أنفذ منهما ما يخرج من الحاضر ، فإن كان جميع الحاضر ثلاثمائة والعبد منه مائة والفرس مائة ، وأنفذ نصف العبد ونصف الفرس في وصيته ، وخير الورثة في النصف الباقي أن ينفذوا ذلك للموصى لهما ، أو يقطعوا لهما بثلث الغائب يتحاصون فيه .

قال ابن المواز : وقد قيل : إن ما حمله الثلث الحاضر يأخذ ، أي في الأعيان ، ويأخذان ثلث الغائب في كل شيء إذا أبى الورثة أن يجيزوا ، نستحسن أن تجيز الورثة ، فإما أنفذوا الوصية مما أوصى أو قطعوا لهما بثلث الميت فيما حضر وغاب في شيء منه .

قال أشهب : وإذا أوصى لرجل بعشرة دنانير ولم يخلف عينًا غيرها وله عروض وشوار ورقيق وداوب ، يريد حاضرة .

قال : يدفع إليه العشرة وإن كره الورثة ، سواء أوصى بعشرة بعينها ، أو قال : بعشرة هكذا ، ولو لم يخلف من العين إلا خمسة لأخذها وبيع له بخمسة .

قيل : فيباع له من ساعته .

قال : نعم ، إلا أن يكون ضرر فيؤخر اليومين والثلاثة .

وقال ابن القاسم : إذا أوصى بمائة دينار وترك عروضًا وليس له مال غائب أنه لا يخيرها [ق /٥٧ / ٩ب] وتباع عروضه ويعطى المائة .

وإن كانت المائة حاضرة بدأت بالوصية ولم أنتظر البيع .

قال ابن المواز : إذا كان ماله عروضًا أو حيوانًا أو طعامًا وذلك كله حاضر ، فهو كالعين الحاضر لا يخير فيه ، بخلاف الدين والمال الغائب ولتعجل وصية الميت إن أوصى بشيء .

وإذا ترك مائة عينًا وقد أوصى بمائة وباقي التركة عروض وحيوان حاضرة ، فلا ينتظر بيع التركة وليأخذ الموصى له المائة إن حملها الثلث .

قال ابن القاسم : وكذلك إن أوصى له بدنانير والتركة كلها عروض حاضرة ، فليس عليهم خلع الثلث إن لم يصبر ، وعليه أن يصبر حتى تباع العروض ويعطى ،

وإذا أوصى له بعبد بعينه لم تعجل له حتى يعرف تحصيل المال بالقيمة .

محمد : ليعرف خروجه من الثلث .

ومن « العتبية » : قال أصبغ عن ابن القاسم : فيمن لم يترك إلا ثلثه ، أذن وأوصى بخمسة دنانير لرجل وأبى الورثة أن يعطوه ماله ، فلابد أن يعطوه ذلك أو يقطعوا له بثلث الميت .

قيل : ولا يبيع السلطان من دوره بخمسة دنانير .

قال : لا ، وقاله مالك فيه وفي المال الغائب و الفرق .

وقال عنه عيسى بن دينار وابن المواز وابن عبدوس : وإن كان له زرع أخضر أو ثمرة صغيرة وترك رقيقًا ، وأوصى بوصايا يضيق منها الثلث ، فإن كانت الوصايا بمال فليبع رقيقه ولا يوقف ، ويعطى لأهل الوصايا ثلث ما نض.

وإذا حل بيع الزرع والثمرة بيع فأخذوا ثلث الثمن .

وأما إن كان في الوصايا عتق ، أو أوصى ببعض الرقيق لأجل فلا يباع من رقيقه من فيه وصية منهم ويوقفون ، فإذا حل بيع الزرع بيع ولا يقسم من المال شيء لا ثلث ولا غيره حتى يباع الزرع ، أو يجيز الورثة ذلك فيقتسمون بقية المال ، ويبقى لهم الزرع .

وقال أصبغ في « العتبية » : وإن لم يجز الورثة وكان الزرع أقل ما بذره ويتأخر الأشهر الكثيرة ، وفي ذلك عطب الحيوان والضرر على العبيد ، فليعتق منهم .

محمد : ما حضر ، ويرجى الزرع .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أوصى بعتق عبده وله مال حاضر ومال غائب، والعبد لا يخرج مما حضر ، فليوقف العبد حتى يجمع المال الحاضر والغائب، فإذا اجتمع قوِّم العبيد في ثلثه .

فإن خرج وإلا عتق منه محمل الثلث .

قال ابن القاسم : فإن قال العبد : المال الغائب بعيد عنا ، أو أجله بعيد فأعتقوا مني ثلث المال الحاضر ، وأوقفوا ما بقي حتى ينظر في المال الغائب ، فإن خرج أعتقتم مني ما حمل الثلث .

وإن لم يخرج كنت قد عتق منى مبلغ ثلث المال الحاضر ، لأنى أخاف أن يتلف المال الحاضر ، فلا أرى ذلك له .

قال سحنون : إلا أن يضر ذلك بالموصى له وبالورثة فيما يعسر جمعه ويطول .

م : وكذلك روى أشهب عن مالك ، وقاله ابن القاسم .

قال : وإنما هذا فيما يقبض إلى أشهر يسيرة أو عرض يباع ، فأما ما يبعد جدًا أو تبعد غيبته فليعجل العتق في ثلث ما حضر ، ثم إذا قبض ما بقى أتم فيه .

قال ابن المواز : **وقال أشهب** : بل للعبد أن يعجل منه عتق ثلث الحاضر حتى لو لم يحضر غيره لعجل عتق ثلثه ويوقف باقيه ، فكلما حضر شيء من الغائب زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم أو آيس من المال الغائب .

قال : ولا أرى أن يوقف جميع العبد لاجتماع المال ، وإن كان قد قاله لي مالك، ولم يأخذ سحنون بقول أشهب .

وقال : لو كان هذا لأخذ الميت أكثر من ثلثه ، لأنه استوفى ثلث الحاضر ، وصار باقى العبد موقوفًا على الورثة .

وقال ابن المواز : إن كان المال الغائب غير بعيد انتظر .

وإن كان بعيدًا مثل الأشهر الكثيرة أو السنة ، أنفذ ثلث الحاضر وأنفذ الميراث فيه.

ولو كان مع ذلك وصايا خير الورثة في إنفاذ الوصايا أو القطع بثلث الحاضر والغائب ، فأبدئ العتق فيما حضر ، وما بقى فلأهل الوصايا .

وأما إن أوصى بعتق وجميع ماله عروض حاضرة أو دور حاضرة أو غائبة ، والرقيق يخرجون من ثلث ذلك لو بيع لعجل عتقهم .

وكذلك روى أشهب عن مالك: إذا أوصى بعتق وله دور ، وطلب الورثة التأخير حتى تباع الدور ، فليس لهم ذلك ويعجل عتق العبد إذا حمله الثلث .

فيمن أوصى لجماعة بأجزاء مختلفة ، وذكر إجازة الورثة أم لا ، وكيف إن أوصى مع ذلك بدنانير أو بشيء بعينه

قال مالك : في كتاب فيمن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ، فليقسم

الثلث بينهما على خمسة إن لم يجز الورثة ، وإن أجازوا أخذ كل واحد وصيته واقتسم الورثة السدس الباقي .

وإن أجازوا لصاحب النصف وحده أخذ النصف ، وأخذ الآخر خمسي الثلث.

وإن أجازه لصاحب الثلث وحده ، أخذه وأخذ الآخر ثلاثة أخماس الثلث .

محمد : وقال أشهب : يتحاصان ، فما صار للذى أجازوا له أتموا له ما بقى له من مواريثهم .

محمد : وإن لم يجز إلا بعضهم [ق / ٥٨ / ٩ب] نظر إلى خروجها بغير إجازة ، فما وقع لمن لم يجز أخذه ، وينظر إلى خروجها على أنهم أجازوا ، فما وقع للمجيز أخذه ، وما فضل عن حصته لو لم يجز أخذه الموصى له .

م : وبيان ذلك أن يهلك الهالك ويترك ولدين ، ويوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ، فأجاز أحد الولدين الوصيتين ، ورد الآخر الوصيتين ، فتعمل الفريضة على تقدير إجازتهما جميعًا ، وذلك أن ينظر إلى أقل عدد له ثلث ونصف صحيح ، وذلك ستة ، فتخرج ثلثها ونصفها للموصى لهما ، وذلك خمسة ، فيبقى واحد لا ينقسم على الولدين ، فتضرب الستة في اثنين فيكون اثنى عشر للموصى له بالنصف ستة وللموصى له بالثلث أربعة ، وتبقى اثنان لكل ابن واحد ، ثم تعملها على أنهما لم يجتزا ، فتأخذ ثلث الستة ، ونصفها وذلك خمسة فتجعلها ثلث مال يكون جميعه خمسة عشر ، فللموصى له بالثلث اثنان ، وللموصى له بالنصف ثلاثة، ولكل ابن خمسة ثم توفق بين المسألتين يعني مسألة الإجازة ومسألة الرد فتجدهما يتفقان بالأثلاث ، فتضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر ، وذلك أربعة في خمسة عشر ، أو خمسة في اثنى عشر ، فيكون ستين ، فمنها تصح الفريضتان ، فيقسمها على مسألة الرد خمسة عشر ، فيقع لكل سهم أربعة ، فمن كان له شيء من خمسة عشر أخذه مضروبًا في أربعة ، فللموصى له بالثلث سهمان في أربعة بثمانية ، وللموصى له بالنصف ثلاثة في أربعة باثنى عشر ، ولكل ابن خمسة في أربعة بعشرين ، فيأخذ الابن الذى لم يجز عشرين وينصرف ، ثم تقسمها على فريضة الإجازة اثنى عشر ، فيقع لكل سهم خمسة ، فمن كان له شيء من اثنى عشر أخذه مضروبًا في خمسة ، فللابن المجيز واحد من اثنى عشر في خمسة بخمسة فيأخذها ويستفضل عما وقع له لو لم يجز خمسة عشر ، فدفعها للموصى لهما

يقتسمانها على خمسة عشر ، فيصير لصاحب الثلث منها ستة يضيفها إلى الثمانية التي وقعت له في مسألة الرد ، فيصير له أربعة عشر ، ويصير للآخر من هذه الخمسة عشر تسعة فيضيفها إلى الاثنى عشر التي وقعت له في مسألة الرد ، فيصير له أحد وعشرون ، وللمجيز خمسة وللراد عشرون فجميع ذلك ستون .

م : وهذا وما أشبهه سنذكره في كتاب الفرائض لهذا الكتاب مشروحًا إن شاء الله .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أوصى لرجل بماله ، ولآخر بنصفه ، ولآخر بثلثه ، ولآخر بعشرين دينارًا ،فإنه ينظر إلى مبلغ وصية كل واحد منهم ومبلغ العشرين من مال الميت ، فيتحاصون في الثلث على الأجزاء إن لم تجز الورثة .

م : وتفسير ذلك أن تجعل التركة ستين دينارًا مجزءا، لصاحب الكل ستة أجزاء، ولصاحب النصف ثلاثة أجزاء ، ولصاحب الثلث جزأين ، ولصاحب العشرين سهمين ، لأن العشرين هي من جملة المال الثلث ، فذلك ثلاثة عشر جزءا ، فيقسم الثلث عليهما ، فيأخذ كل واحد ما سمينا له .

وكذلك إن أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بربعه ، ولآخر بخمسه ، ولآخر بسدسه ، ولم يجز الورثة فإنهم يتحاصون في الثلث من عين ودين وعرض وغيره على الأجزاء ، وهذا على حسب عول الفرائض سواء .

قال مالك : وما أدركتُ الناس إلا على هذا .

قال سحنون : وهذا قول الرواة كلهم ، لا أعلم بينهم فيه اختلافا.

قال ربيعة وأبو الزناد : ومن أوصى لرجل بثلث الثلث أو بربع الثلث ، ولآخرين بعدد دنانير ، فيتحاصوا في الثلث .

فصل

قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بربع ماله أو بثلث ماله ، وأوصى بأشياء بأعيانها لقوم شتى ، نظر إلى قيمة هذه المعينات وإلى ما أوصى به من ثلث أو ربع فيضربون في ثلث الميت بمبلغ وصاياهم ، فما صار لأصحاب الأعيان أخذوه في ذلك الذى أوصى لهم به ، وما صار للآخرين كانوا به شركاء مع الورثة ، وهذا قول

مالك .

فإن هلكت الأعيان التى أوصى بها بطلت الوصايا منها وكان ثلث ما بقى بين أصحاب الثلث والربع يتحاصون فيه .

قال مالك : ومن أوصى لرجل بثلثه ، ولآخر بعبده وقيمته الثلث ، فهلك العبد بعد موت السيد قبل النظر في الثلث ، فإن ثلث ما بقى للموصى له بالثلث، وكأن الميت لم يوص إلا بثلثه لهذا فقط .

م : وحكى بعض فقهاء القرويين عقب هذه المسائل مسألة موت الموصى له قبل موت الموصى وقد ضاق الثلث .

قال : ويجب أن يدخل هذا الاختلاف في موت العبد الموصى به أو له ، مثل قسمة المال ، فعلى قوله يحاص به أهل الوصايا يحى العبد الميت بالذكر ، ويحاص به أهل الوصايا ،لأن الميت كأنه إنما أوصى لهم مع هذا العبد فقام الورثة مقامه .

وعلى القول الآخر : لا يحاص به أهل الوصايا ، وما مات قبل القسم كأنه لم يكن يوصي الميت فيه .

وقال ابن حبيب عن أصبغ [ق / ٥٩ / ٩ب] فيمن أوصى بعتق عبده الآبق ، وأوصى بوصايا : فلينظر إلى قيمة العبد على أنه آبق يعتق من ثلثه وتكون الوصايا فيما بقى ثلثه ، فإن ثبت أنه مات قبل سيده كان كشيء لم يكن ورجع أهل الوصايا إلى ثلث المال كله ، لا يحسب فيه الآبق .

وإن ثبت أنه مات بعد موت السيد قبل النظر في الثلث حاص الورثة أهل الوصايا بقيمته .

م : ونزلوا منزلته ، فصار لهم ما وقع له في المحاصة بقيمته ، وهو خلاف لقول مالك ، وقول مالك الصواب والفقه ، إن شاء الله .

وإذا أوصى بأشياء بأعيانها وأوصى بأشياء بغير أعيانها فماتت المعينات ، فإن كان حكم بأن يقطع لهم شائعًا قبل موتها على القول الذى يرى أن تقطع لهم شائعًا ، كان ضمان ما هلك بعد القطع شائعًا من جملة الموصى لهم ، لأن أصحاب الأعيان نفذ الحكم لهم بالقطع شائعًا ، فصار حقهم شائعاً كغيرهم وأما إن ماتت الأعيان قبل القطع فلا خلاف أن وصاياهم قد سقطت على القول الذى يقول : يقطع لهم فيها .

وعلى القول الذى يقول يقطع لهم شائعًا وهم على أن الأعيان لهم حتى يحكم لهم بالقطع شائعًا .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أوصى لرجل بعبده ، ولآخر بسدس ماله ، والعبد هو الثلث ، فللموصى له بالعبد ثلثا الثلث في العبد ، والآخر شريكًا للورثة بسبع ما يبقى من بقية العبد وسائر التركة .

وإن كان العبد السدس كان جميعه للموصى له بالعبد ، والآخر شريك للورثة بخمس بقية التركة ، وقاله على بن زياد ، ورواه عن مالك ، وقاله أشهب في «المجموعة » .

قال أشهب : ومن قال : إن الموصى له بالسدس يكون له سدس الخمسة أسداس، ويكون سدس العبد بينه وبين الآخر ، لأنه أوصى لهما جميعًا بسدسه ، فقد أخطأ ، وإنما يؤخذ في الوصايا بما يرى أن الميت أراده ، كما قال عمر : من وهب هبة يرى أنها للثواب ، ولو قلت هذا لقلت : إن وصيته بالسدس رجوعًا في سدس العبد عن الأول .

قال سحنون : لا يدخل الموصى له بالثلث على أهل التسمية ، ولا يكون رجوعًا عن شيء من العبد .

قال سحنون : فإن جاز الورثة كان العبد للموصى له به ، والثلث كاملاً للموصى له به ، ولا يحمل أنه أدخل الموصى له بالثلث على صاحب العبد ، ولا يكون رجوعًا عن العبد أيضًا .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في « العتبية » أنه قال : إن أجازوا فليس عليهم تسليم العبد مع جميع الثلث ، ولكن يسلم العبد وثلث ما بقى ، فيقسم ثلث العبد بينهما ، لأنه أوصى لهما به ، فيأخذ الموصى له بالثلث سدس العبد وثلث ما بقى سوى العبد ، ويأخذ الآخر بقية العبد .

قال محمد : وهو الذى أنكر أشهب وابن المواز .

ومن «كتاب ابن المواز» : ومن أوصى لرجل بعبد ، ولآخر بسدس ماله ، وقيمة العبد مائة دينار وترك خمسمائة دينار عينًا .

قال : يأخذ الموصى له بالعبد جميع العبد ، والآخر مائة دينار .

وذكر أصبغ عن ابن القاسم خلاف هذا ، وذلك أنه يأخذ للموصى له بالعبد خمسة أسداسه ، والآخر سدس العين ، ويكون سدس العبد بينهما ، ولم يعجبنا هذا ، لأن الوصايا إنما تحمل على ما ظهر من مقاصد الموصى لا على اللفظ .

وذكر مثل ما تقدم عن أشهب .

ومن « العتبية » : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : فيمن أوصى لرجل بكذا، ولآخر بعبد ، ولآخر بحائط ،فضاق الثلث ولم يجز الورثة .

قال : يتحاصون في الثلث بقيمة ما سمى لكل واحد ، فما وقع لكل واحد أخذه في عين ما أوصى له به ، ولو أوصى معهم لرجل بمائة دينار لقطع لهم بالثلث في جميع ماله ولم يأخذوا وصاياهم فيما سمى لهم خاصة ، لأن الوصايا قد حالت ولابد من بيع ذلك أو بعضه بسبب العين .

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم : وإذا أوصى لرجل بعبد وهو أكثر من الثلث، فلم يجز الورثة فقد اختلف فيه قول مالك ، فقال مرة : يجمع له الثلث في العبد .

وقال مرة : يكون له الثلث في جميع المال إن لم يجز الورثة .

واختار ابن القاسم أن يجمع له في العبد إن كان المال حاضراً ، فإن كان له ديون فله الثلث من كل شيء إن لم يجز الورثة .

وكذلك لو أوصى له بشيء غائب ، فلا يقطع له في ذلك الغائب ولكن في كل شيء .

قال ابن عبدوس : وإذا أوصى بوصايا لا تخرج من ثلث ما حضر وله مال غائب، خير الورثة بين إجازة ذلك أو خلع الثلث له في الحاضر والغائب في هذا وفي غيره .

وقال عبد الملك : وإذا خلع الثلث فقد اختلف في أخذهم في أعيان ما أوصى لهم به من عبد أو دار أو عرض ، **فقال مالك** : يأخذ كل واحد ما صار له من الثلث فيما أوصى له فيه بعينه .

وقال غيره : يكون شريكًا في جميع التركة ، **وقاله عبد الملك وابن كنانة** .

وروى ابن القاسم وأشهب القولين عن مالك ، واختارا أن يأخذ كل واحد فيما أوصى له [ق/ ٦٠ / ٩ب] فيه بعينه .

قالوا كلهم : فإن مات العبد المعين قبل خلع الثلث بطلت وصية صاحبه .

قال أشهب : فلذلك قلت : يأخذ في ذلك بعينه ، لأنه كان في ضمانه .

قال ابن عبدوس : فإذا أوصى لرجل بعبد لا يحمله الثلث ، فقال الرجل : أنا أؤدى بقية ثمنه للورثة ويكون لي ، وتقول الورثة : نحن نعطيك قيمة حقك ويبقى لنا ، فليس ذلك للجميع والعبد يبقى بينهم يتقاورنه أو يتبعونه .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أوصى لرجل بدار ، وثلثه يحملها فأبى الورثة أن يعطوه الدار ، وقال الورثة : نحن نعطيك ثلث الميت حيث ما كان ، فليس ذلك للورثة ، وللموصى له أخذ الدار .

قال ابن القاسم : ألا ترى أن الدار لو غرقت فصارت بحرًا لبطلت وصيته بذلك، إنه أولى بها .

فيمن أوصى لوارث وأجنبي ، وبقية القول في الوصية للوارث

روى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « **لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة**».

قال ابن القاسم : فمن أوصى لعبده أو بوصية لوارث ، وأوصى لأجنبى بوصية، فليحاص الوارث الأجنبى بوصيته في الثلث ،ثم تكون حصة الوارث لجميع الورثة.

قال مالك : ومن قال : ثلث مالى لفلان وفلان ، وأحدهما وارث ومعه وارث غيره ، فللأجنبى نصيبه .

وأما نصيب الوارث فيرجع إلى جميع الورثة .

قال مالك : وإن أوصى لوارث بوصية ولم يدع غيره ، وأوصى بوصايا لأجنبيين فلم يسع ذلك الثلث ، بدئ بالأجنبيين ولم يحاصصهم الوارث بشيء من وصيته .

ومن كتاب ابن المواز وغيره : **قال مالك وأصحاب** : فيمن أوصى لوارث وأوصى

بوصايا لأجنبيين فإن كان مع الوارث وارث من زوجة أو غيرها فإنه يحاص الأجنبى في الثلث ، فما صار للوارث رجع ميراثًا .

وإن لم يكن معه وارث غيره فللأجنبيين وصاياهم لغير حصاص للوارث ، وكأنه أوصى له بميراثه .

وإذا كان معه وارث ، علم على أنه أراد تفضيله عليه بما أوصى له به ، فيحاص بذلك ويقاسمه فيما وقع له من ذلك .

ولو أوصى لجميع ورثته مع الأجنبى ، وأنصباؤهم في الميراث والوصية سواء ، فالأجنبى مقدم ، ولا حصاص فيه إلا أن يكون الورثة ذكورًا وإناثًا فيساوى بينهم في الوصية ، فقد علم أنه خص الأنثى دون الذكر بوصيته ، فيحاص الأجنبى .

وقد اختلف بماذا يحاص ؟

فروى أصبغ عن ابن القاسم في ابن وابنة أنه إذا أوصى لكل واحد بمائة ، ولأجنبى بمائة ، أن الأنثى تحاص الأجنبى بخمسين ، وهي التى على مورثها لما أعطى الذكر مائة كان يجب خمسون فزادها خمسين ، وقاله أبو زيد .

وقال لي غيرهما من أهل العلم : يحاص بثلث المائة ، لأن مورثها من المائتين ثلثا مائة ، فيحاص بالزائد وهو ثلث المائة .

ولو أوصى لورثته بمال جعله بينهم على سهام مواريثهم ، كان الوارث واحدا ولا حصاص لهم .

وكذلك لو أوصى بشيء سماه لجملتهم ولم يفصل ولم يقسم ، فلا حصاص لهم مع أهل الوصايا .

وكذلك لو أوصى بوصايا وأوصى بخدمة عبده لولد ، فإن لم يرثه غيره فلا حصاص له مع الأجنبى فإن كان يرثه غيره وقع الحصاص فما صار له من قيمة الخدمة شاركه فيه الورثة إن شاؤوا .

ومن « **المجموعة** » : **قال أشهب** : وإذا قال : مالي بين ابنى وابنتى نصفين ولفلان ثلث مالى ، ولا وارث له غيرهما ، فلهما الحصاص مع الأجنبى يحاصّانه بستة أسهم وهو بسهمين ، فيقع له ربع الثلث ، وباقيه لهما على الفرائض إلا أن يجيز الابن لأخيه ، قيل : يطرح قدر نصيب الابن والابنة بالميراث ، فما زاد

حوصص به الأجنبى .

قال : لا ولو أوصى لهما بقدر المواريث لم يكن حصاص ، مثل أن يوصى للابن بعشرين وللابنة بعشرة ، فلا يحاص الأجنبى ويسلما له الثلث فيأخذ منه وصيته .

وقال ابن القاسم مثله من أول المسألة .

ومن « العتبية » : قال أصبغ عن ابن وهب : فيمن أوصى بالثلث لإخوانه ولم يدع غيرهم ، وهم أخوان لأبوين وأخوان لأم وأخوان لأب ، فليقسم الثلث على ستة فما صار للذين للأب أخذاه ، لأنهما لا يرثانه ، وتضم الأربعة بقية الثلث إلى بقية ثلثى المال فيكون ميراثًا .

قال ابن وهب : ولو أوصى لهم بذلك وله ابن ثم مات الابن فالجواب سواء .

فصل

ومن « **المجموعة** » **وكتاب محمد : قال أشهب عن مالك** : في امرأة أوصت إلى بعض ورثتها ، فقال الزوج : كتب كاتب الصحيفة ، وما علمت أنه لا وصية لوارث .

فقال : إذا حلفت أنك لم تعلم ذلك لم يلزمك ذلك .

فصل

قال محمد : ومن أوصى بثلث ماله أو بأكثر ، وأوصى أن لا ينقص أمه من السدس ، فليعزل وصيته الأجنبى ويقسم ما بقى على الورثة ، فما أصاب الأم نظر ما بقى لها إلى تمام السدس تحاصت به الأجنبى في الثلث ، بما صار لها وإلا كان ميراثًا .

ولو أجازوا لها وللأجنبى خرجوا لها من [ق / ٦١ / ٩ب] النصف وقسم الورثة ما بقى على مواريثهم بعد طرح سهم الأم .

وإذا تركت المرأة زوجها وأمها وأختين لأم أو شقائق ، وأوصت أن لا تنقص الأم من السدس ، فأجاز الورثة ، فالفريضة بعولها من عشرة ، للأم منها سهم فأسقطه ، فتبقى تسعة ،ثم أعطى للأم منها السدس من أصل المال ، واقسم ما بقى على تسعة،

للزوج ثلاثة وللأختين للأم سهمان وللأختين للأب أربعة .

وكذلك لو تركت الأم نصيبها للورثة ، أو قالت : معى نصيبى .

م : وتصح المسألة من أربعة وخمسين ، لأنك إذا أخرجت للأم السدس من أصل الفريضة ، بقيت الخمسة أسداس على تسعة لا تنقسم ، فتضرب ستة في تسعة يكن أربعة وخمسين ، فمن كان له شيء من ستة أخذه مضروبًا في تسعة ،فللأم واحد من ستة في تسعة بتسعة ، ومن كان له شيء من تسعة أخذه مضروبًا في الخمسة المنكسرة ، فالزوج ثلاثة في خمسة بخمسة عشر ، وللأخوات للأم اثنان في خمسة بعشرة ، لكل واحد خمسة ، وللشقائق أربعة في خمسة بعشرين ، لكل واحدة عشرة .

م : وهذا وما أشبهه يأتى موعبًا في كتاب الفرائض ، إن شاء الله .

فصل

ومن « العتبية » : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم - وهو عنه في «المجموعة»- فيمن أوصى بثلثه لفلان إلا نصيب أمى منه فيبقى لها .

قال: فإنه يعزل الثلث ثم يؤخذ منه سهم الأم ، ويريد هو سدس الثلث ، فيرد إلى ثلثى المال فيقسم بين جميع الورثة ، إلا أن يجيز لهم ذلك بقية الورثة .

م : ولو أوصى بثلث ماله لرجل وأوصى أن لا ينقص أمه من سدسها ، فيخرج الثلث للأجنبى فيوقف ثم يأخذ ميراثها مع الورثة ، ثم ينظر سدس الثلث الموقوف منه وما للأم يتحاص بذلك الأجنبى في الثلث ،فما صار لها كان للورثة إن يدخلوا معها فيه بقدر مواريثهم أو يجيزوا لها .

م : وهذه مخالفة للتى قبلها ، لأن الموصى قال في وصيته : وفروا لأمى سهمها، وثلث ما بقى من التركة لفلان ، فإنما وصى له بثلث خمسة أسداس المال ، فيأخذه ، ووصى للأم بسدس ثلث المال ، فيعود ذلك ميراثًا وإن لم تجزه الورثة ، والثانية إنما أوصى للأجنبى بالثلث وللأم بسدس الثلث ، فوجب أن تحاص في الثلث بذلك ، فما صار للأم في المحاصة دخل فيه بقية الورثة ، فاعلم ذلك .

ومن « المدونة » : قال يحيى بن سعيد : فيمن أوصى بثلثه في السبيل ، فأراد بعض الورثة أن يغزوا به ، فلا بأس بذلك والوارث أحق من خرج فيه إذا أذن له

الورثة وطيبوا له .

وقال أيضًا يحيى بن سعيد : فيمن أوصى بثلثه في سبيل الله : فإن وليه يضعه في سبيل الله . فإن أراد أن يغزو به هو ، وله غيره يريدون الغزو ، فإنما يغزون فيه بالحصص .

وإن لم يرثه غيره فلا بأس فيما وضع فيه .

م : **قال بعض شيوخنا في قول يحيى بن سعيد** : يغزون فيه بالحصص ، معناه : يعطى كل إنسان ما يكفيه إن حمل ذلك الثلث .

فإن ضاق الثلث تحاصوا فيه على مقدار كفاية كل واحد لا على قدر موارثهم .

قال ربيعة : وإن أوصت امرأة إلى بعض ورثتها بوصية ، وفى سبيل الله بوصية، فسلم زوجها الوصية رجاء أن يعطوه الوصية التى في السبيل ، لأنه غازى ، فمنع منها ، فأراد أن يرجع فيما أجاز للورثة ، فليس له في ذلك رجوع ، ويلزمه ما أجاز.

جامع القول في الحج

قال ابن القاسم : ومن أوصى عند موته أن يحج عنه ، فأحب إليَّ أن ينفذ ذلك، ويحج عنه من قد حج أحب إليَّ ، وإن استؤجر من لم يحج أجزأ عنهم .

قال مالك : وتحج المرأة عن الرجل والرجل عن المرأة .

ابن القاسم : ولا يجزئ أن يحج عنه صبى أو عبد أو من فيه علقة رق ، إذ لا حج عليهم ، ويضمن المال من دفعه إليهم إلا أن يكون عبدًا ظنوا أنه حر ولم يعرفوه فلا يضمنوا .

وقال غيره : لا يزول عنه الضمان بجهله .

م : **فوجه قول ابن القاسم** : فلأن الموصى مأذون له في صرف هذا المال على الاجتهاد بإذن المالك ، فلا يضمن كالأجير إذا كسر شيئًا في البيت المأذون له في دخوله ، والراعى إذا مات ما أذن له في رعايته ، وقد اختلف في المخطأ في الزكاة يدفعها إلى نصرانى أو عبد أو غنى وهو لا يعلم ، فضمنه **ابن القاسم في « المدونة»**، **وفي « الأسدية »** : لا ضمان عليه ومن لم يضمنه جعله كالموكل إذا فعل ما أمر به

فأخطأ ، فلا ضمان عليه ، كما قلنا في الموصى ومن ضمنه جعله مخطأ على مال الغير ، فأشبه الماشى في الطريق يعثر على مال رجل أنه يضمن ، والأشبه أنه [ق/ ٦٢ /٩ب] لا ضمان عليه في الزكاة ، لأنه كالوكيل على تفريقها والماشى في الطريق ، وإن كان المشى له مباحًا فقد أخطأ بمشيه على مال غيره ، فوجب ضمانه .

قال ابن القاسم : وإن أوصى أن يحج عنه عبد أو صبى بمال ، فذلك نافذ ويدفع ذلك إليه ليحج به إن أذن له سيده والوالد لولده ، ولا ترد وصيته ميراثًا ، لأن الحج بر وإن حج عنه صبى أو عبد ، لأن حج الصبى والعبد تطوع والميت لو لم يكن ضرورة فأوصى بحجة تطوع لنفذت عنه ولم ترد ، فهذا مثله .

وإن لم يكن للصبى أب فأذن له الموصى في ذلك ، فإن كان على الصبى في ذلك مشقة وضرر وخيف عليه في ذلك ضيعة ، فلا يجوز إذنه .

وإن كان الصبى قويًا على الذهاب وكان ذلك نظرًا له ، ولم يكن عليه في ذلك ضرر جاز إذنه له ، لأن الولى لو أذن له أن يتجر فأمره بذلك جاز ، ولو خرج في تجارة من موضع إلى موضع بإذن الولى جاز ، فكذلك يكون إذنه له في الحج كما وصفنا .

وقال غيره : لا يجوز للوصى أن يأذن لليتيم في هذا .

قال ابن القاسم : فإن لم يأذن له وليه وقف المال إلى بلوغه ، فإن حج به وإلا رجع ميراثًا ، لأنه حين أوصى أن يحج عنه هذا الصبى علمنا أنه أراد التطوع لا الفريضة .

قال ابن المواز : **قال ابن القاسم** : ولو كان ضرورة حتى يعلم أنه أراد الفريضة ، يريد فظن أن حج الصبى والعبد يجزئه لنفذ ذلك لغيرهما مكانه ولم ينتظر به عتق العبد ولا بلوغ الصبى ، لأنا علمنا أن الموصى إنما قصد الفريضة ، فليس غلطه - أن الصبى والعبد يؤديان عنه الفرض - بالذى يسقط قصده الذى قصد إليه من أدى الفرض .

قال ابن القاسم : ولأن الصبى والعبد ممن لا يحج عليهما ، كمن أوصى بعتق عبد فلان فأبى ربه بيعه ، فإن كان في واجب جعل ذلك في غيره .

وإن كان تطوعًا عاد ميراثًا بعد الاستيناء والإياس من العبد .

وحكى لنا عن غير واحد من فقهائنا المتأخرين في الذى يوصى أن يحج عنه عبد فيأبى السيد أن يأذن له ، لا يستأنى في ذلك كما يستأنى في الصبى إذا لم يأذن له وليه ، لأن الصبى ينتظر إلى وقت يتحصل ويعرف ، والعبد لا ينتظر إلى وقت معلوم ، وليس هذا كالعبد يوصى أن يشترى فيعتق ، فهنا هنا ينتظر لحرمة العتق ، والله أعلم .

وفي كتاب ابن المواز : قال أشهب : إذا لم يأذن للصبى وصيه وللعبد سيده ، تربص بذلك حتى يؤايس من عتق العبد وبلوغ الصبى ، فإن عتق العبد وبلغ الصبى فأبيا عاد ميراثًا ، وهذا هو الصواب ، لأنه كما كان ينتظر في العتق لحرمة العتق كذلك ينتظر في الحج لحرمة الموصى به ، لأنه أراد به البر لنفسه ، وهو الذى يدل عليه كلام ابن القاسم أيضًا . والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو كان صرورة فسمى رجلاً بعينه يحج عنه، فأبى ذلك الرجل أن يحج عنه ،فليحج عنه غيره ، بخلاف المتطوع الذى قد حج إذا أوصى أن يحج عنه رجل بعينه تطوعًا ، هذا إذا أبى الرجل أن يحج عنه رجع ذلك ميراثًا ، كما لو أوصى لمسكين بعينه بمال فمات المسكين قبل الموصى ، أو أبى أن يقبل ذلك يرجع ميراثًا ، وكمن أوصى بشراء عبد بعينه للعتق في غير عتق واجب عليه ، فأبى أهله أن يبيعوه ، فالوصية ترجع ميراثًا بعد الاستيناء والإياس من العبد .

وقال غيره في الموصى بحجة تطوع إذا أبى الرجل أن يحج عنه لا يرجع ميراثًا ، والصرورة في هذا وغير الصرورة سواء ، لأن الحج إنما أراد به نفسه ، بخلاف الوصية لمسكين بعينه بشيء يرده ، أو يشترى عبد بعينه للعتق .

قال ابن القاسم : ومن قال في وصيته : حجوا فلانًا ، ولم يقل : عنى ، إن بقى من الثلث قدر ما يحج به إن حج ، وإن أبى أن يحج فلا شيء له ، وإن أخذ شيئًا رده إلا أن يحج به .

وإن أوصى أن يحج عنه وارث في فرض أو تطوع أنفذت وصيته ولم يزد الوارث على النفقة والكراء شيئًا .

ولو أوصى أن يصوم عنه وارث وله كذا ، فليرد ذلك ولا يصوم أحد عن أحد ،

وكان مالك يكره الوصية بالحج ، فإن نزل أمضاه .

قال مالك : وإن قال: ادفعوا ثلثى لفلان يحج به عنى ، فإن كان وارثًا لم يدفع له إلا قدر نفقته وكرائه، يزيد ذاهبًا وراجعًا ويرد ما بقى على الورثة .

وإن كان أجنبيًا كان له ما فضل من الثلث يصنع به ما شاء ، كمن أخذ نفقة يحج بها عن رجل ففضل منها شيء ، فإن استأجره فله ما فضل .

وإن أخذها على البلاغ فلا يرد ما فضل ، والبلاغ قولهم : يحج بهذه الدنانير عن فلان وعلينا ، وأنقص عن البلاغ أو خذها فحج منها عن فلان ، والإجارة أن يستأجر بمال على أن يحج عن فلان ، فهذا يلزمه الحج وله ما زاد وعليه ما نقص . [ق / ٦٣ / ٩ب].

فيمن أوصى لرجل كل سنة بكذا من غلة داره أو حائطه ، أو قال من غلة كل سنة ، وكيف إن أوصى مع ذلك بوصايا والوصية بالنفقة أجلاً أو عمرًا .

قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل من غلة داره بدنانير كل سنة ، أو من غلة حائطه بدنانير كل سنة ، أو بخمسة أوسق كل سنة ، والثلث يحمل الدار والحائط ، فأكرى الورثة الدار أول سنة بعشرة دنانير ، واستغلوا من الحائط خمسين وسقًا ، فأخذ ذلك العام ما أوصى له به ، ثم بارت أعوامًا ، فللموصى له أخذ وصيته كل عام ما بقى من غلة العام الأول شيء ، لأن ذلك من كراء الدار وغلة الحائط ، ولا شيء للورثة من ذلك حتى يأخذ الموصى له وصيته .

وإن لم يتبق من ذلك شيء وبارت بعد ذلك سنين ، فإذا أغل ذلك أخذ منه لما تقدم ،وكذلك لو أكرى الدار أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا دينارًا منها ، كان ذلك الدينار للموصى له ، وكذلك الحائط .

م : ولو أكروها بعد موت الموصى بعشرة دنانير وانتقدوها لوجب عليهم أن ينقدوه دينارًا ، ولو تفلت كلها إلا ذلك الدينار لوجب للموصى له ، لأنه من كراء الدار .

ولو انهدمت بعد ستة أشهر لأخذه من حصة ما قضى الدينار ،لأنه الباقى من كراء الدار ، ولا قول لمن قال : بل يأخذ نصف الدنيار ، لأنه إنما يأخذ الدينار من كراء السنة كلها ، وهو خطأ لأنهم لو أكروها وقد بقى من السنة شهر بدينار لوجب

أن يأخذه لأنه من كراء الدار ، وهذا بيـن .

ولو مات الموصى له بعد ستة أشهر ، فقد قيل : ليس له إلا نصف دينار ، لأنه إنما أعطى من كرائها كل سنة بدينار ، فيجب له من كراء نصف السنة نصف دينار .

ولو مات بعـد موت الموصى قبل أن تكرى الدار ، ما كـان لورثته من الكراء إن أكريت تلك السنة شيء.

وأما لو أكريت وهو حى لابتغاء أن يكون له من الكراء دينار ، لأنه قد وجب له بوصيته قبل موته .

ومن « المدونة » : ولو قال : أعطوه من غلـة كل سنة خمسـة أوسق أو من كراء كل شيء ديناراً ، لم يكن له أن يأخذ من غلة سنة عن سنة أخرى لم تغل .

ولو أكـريت الدار أول عام بأقل من دينـار ، أو جاءت النخل بأقل من خـمسـة أوسق لم يرجع بذلك في عـام بعده ، وقـاله مالك ، وقـاله أشهب عن مـالك في «العتبية » .

قيل : فإن أكـريت الدار نصف سنة لا يبقى أن يكون له نصف دينار إذا تعطلت بقية السنة، لأنه إنما أعطاه ديناراً من كراء كل سنة يكون له نصفه في نصف السنة.

قال أشهب في « العتبية » : فإن لم يحمل الثلث داره أو حائطه فليخير الورثة بين إنفاذ ذلك أو القطع له بثلث التركة من كل شيء .

قال : إن حملهـا الثلث فوقـفت لذلك ، فبـادرت سنة ثم أغلت ، فليـأخذ مما أغلت السنة ويحـيز به مـا تقدم ، ويحـبس أيضًا لما يخـشى من بوارها أو نقص من غلتها عن الوصية ، فتوقف بيد عدل ، إلا أن تكون كثيرة جدًا ، فلا يحبس منها إلا بقدر ما أوصى به من قلته وكثرته ، وما يخاف في ذلك .

ومن الحوائط ما لا يؤمن غلته ، ومنها المأمون كأرض خيبر ، فلا يوقف في هذا شيء .

فصل

قال ابن المواز : ولو أوصى لرجل بثلثه ، ولآخر بدرهم كل شهر من غلة عبد له لم يدع غيره ، تحاصا فيضرب صاحب الثلث بثلث قيمته ، ويضرب الآخر بتعميره ،

فما بلغ حسب لكل شهر درهم وحاص بذلك ، فما أصابه وقف له بيد عدل ينفق منه عليه ، فإن مات قبل نفاذه عاد الباقي إلى صاحب الثلث .

فإن فني وهو حي رجع على صاحب الثلث بما يرى أنه بقي له من عمره لو حصص له بذلك أو لا .

قال أبو محمد : وقد اختلف في استئناف الحصاص بعد التعمير إذا ظهر خلاف ما مضى ، ويأتي ذكره بعد هذا .

وإن أوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر بدرهم من غلة ذلك العبد كل شهر ، والعبد هو الثلث ، فليبدأ صاحب الدرهم بدرهمه على صاحب الخدمة ، كمن أوصى بثلثه لرجل ، ولآخر بمائة من ثلثه فليبدأ صاحب المائة ، فإن شاء المخدم أدى كل شهر درهمًا وأخذ الخدمة ، وإلا استؤجر العبد فيبدئ بالدرهم من إجازته .

وكذلك من أوصى لرجل بثمرة حائطه ولرجل آخر بعشرة آصع من ثمرته كل سنة .

قال أصبغ : يبدأ كل سنة ، وما فضل فللآخر ، ولو أصاب أقل من عشرة آصع أخذ تمام العشرة آصع من العام المقبل .

ومن « العتبية » : قال سحنون عن ابن القاسم : في الموصى له من غلة عبده أو حائطه بدينار كل شهر حياته ، والثلث يحمل ذلك ، فإن ضمن له الورثة ذلك وإلا أوقفوا العبد والحائط .

وإن لم يحمله الثلث وحالت الوصية ووقعت المحاصة حوصص بقدر تعميره ويكون في العبد على أقل العمرين .

قال عنه أصبغ - وهو في **«كتاب ابن المواز»** - : وإن أوصى بوصايا وأوصى لرجل بنفقته حياته من بقية الثلث ، ثم مات فلم ينظر في ذلك حتى مات الموصى له بالنفقة، فإن فضل من الثلث شيء [ق/ ٦٤ / ٩ب] أعطى منه ورثة الموصى له بالنفقة قدر ما كان عاش صاحبهم بعد موت الموصى لا من يوم يجمع المال .

قال ابن القاسم : وكذلك لو لم يمت الموصى له بالنفقة ، فإنما يحسب له ما كان يصيبه من النفقة من يوم مات الموصى ، كمن أوصى له بخدمة عبده أجلاً مسمى فلم يجمع المال ولم ينفذ الوصايا حتى مضى بعض الأجل ، إن ذلك محسوب للعبد في

الخدمة من يوم مات السيد ، كما لو أبقها أو مرضها ، فالأجل من يوم وجبت الوصية وهو من يوم مات الموصى .

قال ابن القاسم : ولو لم يقل : ينفق عليه من باقى ثلثى ، ولكن قال : ينفق على فلان حياته ،يحاصص ورثة الموصى له بالنفقة أهل الوصايا في جميع الثلث بقدر ما عاش صاحبهم بعد موت الموصى بنفقة مثله ، لأنه لو كان حيًا لعمر من يوم مات الموصى ووقف له نفقة مثله ، فإن مات قبل أن يستنفذ ذلك رجع أهل الوصايا فيما فضل من ذلك حتى يستوعبوه وصاياهم ، وإن فضل بعد ذلك شيء دفع لورثة الموصى وإن فنى ما أصابه وبقى حيًا لم يرجع على أهل الوصايا بشيء ولم يوقف له تعمير وهو حكم نفذ ، وهو أحب إليَّ .

قال محمد : بل الرجوع أصوب .

وقد قال ابن القاسم : وأما القياس فالرجوع والتعمير .

ومن رأى ذلك فإنه يرجع على أهل الوصايا على كل واحد بما ينوبه ، فلا يتبع الملى بما على المعدم كطرآن وصية لم يعلم بها ، وذلك على قول من يرى الرجوع ، ولست أراه .

وقال أصبغ : إذا كان لا يرجع على أهل الوصايا إذا فرغت النفقة في حياته ، فلا يرجع إذًا على ورثته إذا مات ، وقد بقى منها شيء ، ويكون ميراثًا لورثته ، وينفذ له ما وقع له في المحاصة في التعمير بتلاً ولا يوقف عليه ، **وقاله عبد الملك**.

قال أصبغ : وهذا رأى ، ولا أعلم ابن القاسم إلا وقد رجع إليه لا شك فيه .

قال : ومن رأى أن ذلك يرجع إلى أهل الوصايا إذا مات وقد بقى مما أوقف له شيء ، فهو أيضًا يرجع عليهم إذا نفذت النفقة في حياته ، ويؤتنف له المحاصة ثانية بتعمير ما بقى من عمره .

قال أصبغ : وهو القياس ، وهو رأى أشهب ، وتفرقة ابن القاسم في هذا محال .

قال ابن عبدوس عن عبد الملك : مثل ما قال عنه أصبغ : إن ما وقع له في الحصاص بالتعمير ،فليأخذ يصنع به ما شاء ، ولو زاد عمره لم يرجع بشيء.

قال : **وقاله سحنون** : لأن الوصايا لما حالت عن وجهها فإنما يأخذ ما وقع له ،

وكذلك السكنى ، وإن جاوز قيمة السكنى ، وقاله ابن نافع .

قال ابن عبدوس : وقال ابن القاسم - وذكره عنه عيسى في « العتبية » - : إن ما نابه في الحصاص في النفقة بالتعمير يأخذه بتلاً ، ثم إن مات بعد ذلك بيوم لم يرجع عليه الورثة بشيء ، لأنهم خيروا فاختاروا خلع الثلث ،وكذلك سائر أهل الوصايا كحكم نفذ .

ولو زاد عمره على التقدير لم يرجع على أحد بشيء ، ولو أنفذ الورثة الوصية على وجهها لرجعوا بما بقى في موته قبل فناء ما أخذ ، وكذلك لو حمل الثلث النفقة وبقى من الثلث بقية بعدما أوقف له في هذا نفقة تعميره ، فهو إن مات قبلها رد ما بقى .

وإن فنت وهو حى رجع في بقية الثلث بنفقة عمره .

وكذلك في الوصية بالسكنى في التعمير إذا خلع الثلث فلا رجوع له ولا عليه ، زاد عمره أو نقص .

وقال أشهب : إذا عمر وكان في الثلث مبلغ وصاياهم ووصايا غيرهم وبقيت فضلة أخذها الورثة .

فإن مات جميع أهل النفقة قبل فراغها رد الباقى إلى الورثة .

وإن فنت وهم أحياء رجعوا بدءا في باقى الثلث حتى يفرغوه ، ولو أعدم الورثة لم يرجعوا على أهل الوصايا إلا بعد فراغ باقى الثلث ، ولو وجد بعض الورثة مليًا أخذوا منه مما بيده فضلة الثلث ، ويرجع هو على باقى الورثة بما يصيبهم لو كانوا أملياء، ولم يبق من الثلث شيء رجعوا على أهل الوصايا فحاصوهم ، يريد يؤتنفون حصاصًا بتعمير مستأنف ، ويحسب عليهم ما أخذوا أولاً ، وما رجعوا به من بقية الثلث .

قال أشهب : فإن وجدوا أهل الوصايا عدماء إلا واحدًا منهم ، فلا يأخذوا منه إلا ما يصيبه بمحاصتهم بخلاف الورثة أولئك يرجع على المليّ منهم بباقى الثلث ، لا به لا ميراث لأحدهم حتى يؤدوا الوصايا كغريم طرأ على ورثة وهو مع أهل الوصايا، كغريم طرأ على غرماء .

قال : وإذا كانوا قد حاصوا فوصى له برقبة عبد ، وموصى له بخدمة عبد سنة ، ففى ما بيد أهل النفقة ، فلينظر الآن إلى قدر ما بقى من أعمارهم فنظر ما كان ينبغي

أن يحاص لهم به ، فينزع من الآخرين ما كان ينقصهم ذلك ، فأما صاحب العبد فيؤخذ من العبد حصة ذلك فيباع ويوقف لهم .

وأما المخدم [ق / ٦٥ / ٩ب] سنة فينظر فيه بما كان يعمل فيه لو كان الثلث أولاً ولا ضيقًا ، فإنما كان يخير الورثة بين إجازة ذلك أو خلع الثلث للحصاص ، فما وقع لهذا المخدم أخذه من جميع التركة ، لأن وصيته قد حالت ، وصاحب العبد يأخذ في عين العبد فلينظر الآن في هذا المخدم ، فإن كان قد خدم السنة نظر إلى قيمتها واحتبس منها ما كان يقع له في حصاصه ، وما بقى يوقف لهؤلاء مع ما أخذ من صاحب العبد ، فإن اكتفوا بذلك في بقية أعمارهم ، وإلا أخذوا العبد الراجع للورثة، يريد لأنه بقية الثلث ، فيوضع لهم فإن استغرقوه أيضًا ائتنفوا حصاصًا مع أهل الوصايا ورجعوا عليهم ولا يرجعون على الورثة إذا لم يبق بأيديهم من الثلث شيء وإن انقرضوا وبقى من ذلك شيء رد إلى أهل الوصايا بقدر ما انتقصوا .

قال سحنون : إنما ينبغي أن يجمع الثلث كله ما استخدم المخدم والعبد الموصى به والعبد الذى رجع إلى الورثة بعد الخدمة ، وما صار إلى هؤلاء النفقة ، ثم يتحاصون في ذلك كله هؤلاء بالنفقة الأولى وهؤلاء بقدر ما يرى أنه بقى من أعمارهم وصاحب الرقبة بالرقبة وصاحب الخدمة بالخدمة .

قال ابن نافع : ومن أوصى لرجل بعشرين دينار ، ولآخر بعشرة ، ولآخر بدينار كل شهر حياته ، فعمر ذو الحياة فكان عمره ثلاثين شهرا ، فذلك ثلاثون دينارًا .

فإن كان الثلث أربعين دينارًا أخذ كل واحد ثلثى وصيته فينفق على صاحب النفقة ثلثا دينار كل شهر مما اجتمع في الحصاص ، ولا يتم له منه دينار لنقص الوصية .

فإن مات وقد بقى مما نابه شيء رد إلى أهل الوصايا فيتحاصون فيه بقدر ما بقى لهم ، وفيمن أوصى أن ينفق على فلان عشر سنين فعزل ذلك كله له ، ثم مات بعد سنة ، إن الباقى يرجع إلى ورثة الموصى ، كما لو أوصى بالنفقة عليه حياته فعزل لذلك مال ثم مات قبل نفاده .

قال ابن المواز : لأنه لم يكن معه وصايا تضرب بالثلث ، فيكون محاصة .

ومن « المجموعة » وكتاب محمد و « العتبية » : قال مالك فيمن أوصى لرجال

خمسة بنفقتهم حياته .

قال : يعمرون سبعين سنة ،ويجمع ما صار لهم بيد عدل فينفق عليهم فيه ، وكل من مات منهم رجع على من بقى من الخمسة ، فإن ماتوا كلهم رجع ما بقى إلى أهل الوصايا إن بقى لهم شيء ، فإن استوعبوا رجع ما بقى إلى الورثة .

وإن فرغ المال وهم أغنياء ، فلا رجوع لهم بشيء على أهل الوصايا .

قال ابن كنانة والمغيرة : وإن نابهم نصف وصاياهم لم يعطوا مما أوقف لهم كل شهر إلا نفقتهم كاملة ، لا نفقة نصف كل شهر .

قال غيرهما عن مالك : وكذلك الموصى له بدينار كل شهر ، فيقع له في المحاصة نصف دينار كل شهر ، فيجمع له فلا يعطى منه كل شهر إلا دينار ، لأن الميت قصد التوسعة عليه .

فإن مات وقد بقى منه شيء رجع إليهم .

وإن عمر أكثر من ذلك فقد استوفى وصيته ، وقد تقدم لابن نافع أن يعطى من وصيته نصف دينار كل شهر .

فصل

قال في هذه الكتب أشهب عن مالك في الوصية لنفر أن ينفق عليهم أعمارهم .

قال : يعمرون سبعين سبعين.

قال غيره عن مالك : يعمرون ثمانين ثمانين .

وإن كان ابن ثمانين عمر تسعين .

وإن كان ابن تسعين عمر مائة .

ويعمل في كل شيء بقدر ما يرى الإمام من الاجتهاد .

قال ابن المواز في التعمير في المفقود وغيره : من السبعين إلى المائة ، والمائة كثير.

قال ابن القاسم : وأحب التعمير إليَّ سبعون .

وقال علي عن مالك يعمر إعمار أهل زمانه .

ومن كتاب محمد - وهو في « المجموعة » - عن مالك : قال في الموصى لهم بالنفقة ما عاشوا يفرض لهم الطعام والإدام والحطب والدهن والثياب ولا أدرى ما ثياب الصون .

قال أبو محمد : يريد التى يصان بها لمثل الجمعة وغيرها .

وقال عبد الملك : لا يفرض للموصى لهم بالنفقة الخدمة ، ولا يكون ذلك لهم إلا بوصية .

وقال أشهب : إذا أوصى أن ينفق عليهم عشر سنين عزل لهم ذلك .

وأما الذين ينفق عليهم حياتهم ، فيعزل لهم ثلث الميت لا شك فيه ، وينفق على كل إنسان منهم حاله وشدة مؤنته وكثرة عياله ، فإن مات أحدهم كان ما أوقف له ينفق على بقيتهم ، إلا أن يعلم أن من بقى لا يستوعب ذلك ، فيحبس له بقدر ما يرى أنه ينفقه ويرد إلى الورثة ما بقى .

فإن ماتوا وبقى شيء رد إلى الورثة .

وإن أنفذت النفقة وبقوا فلا شيء لهم ، إلا أن يكون رد إلى الورثة منه شيء ، فيرجع فيه .

محمد : قال مالك فيمن أوصى لفلان بنفقته وكسوته سنين فيدفع إليه نفقة سنة فمات قبل تمامها بأشهر ، فما كان من خلق ثوب وشبهه ، فلا يرجع فيه ، وما كان من طعام فإنه يرجع بما بقى منه [ق / ٦٦ / ٩ب] .

ومن كتاب ابن المواز و « العتبية » : روى أشهب عن مالك فيمن أوصى لخمس أمهات أولاد له أن يعطين من غلة أغدق له من حائطه في كل سنة ما عشر لكل أمة خمسة آصع ، ولفلانه عشرة ، ولفلانة كذا حتى انتهين كلهن ، فأخذه كذلك ثم مات منهن أربع .

قال : يرجع نصيبهن إلى الورثة دون الباقية ، لأنه سمى لكل واحدة ما تأخذ فلا تزاد .

ولو قال : لكل واحدة خمسة آصع ، فبقيت واحدة ولم تغل الأغدق إلا خمسة آصع ، فليس لها منها إلا حصاصها ، ولو أصابت النخل سنين صاعًا في حياتهن فأخذن ما سمى لهن ، فلهن إيقاف ما بقى إذا كانت النخل قد لا تغل ما سمى لهن

في المستقبل فيتم لهن من ذلك .

فإن لم يبق منهن إلا واحدة ، لم يوقف لها ذلك كله ، وليوقف لها منه ما يرى، وليس أخذ ذلك الفاضل وإن ضمنوه لها إلا برضاها ، يعنى ما يوجب الحكم لها إيقافه .

قال ابن المواز : ولو لم يسم ما لكل واحدة من الكيل لكان نصيب من مات منهن لمن بقى ، وذلك إذا ماتت قبل طيب الثمرة ، فأما إذا مات بعد طيبها وحلول بيعها فذلك لورثة من مات منهن في الوجهين ، في التهمة وعدمها ، وقاله مالك وابن القاسم .

وإن مات بعضهن بعد الإبار ، فاختلف فيه أصحاب مالك ، **فقال أشهب** : ذلك لورثة من مات ممن حبس عليه .

وقال مالك وابن القاسم : لا شيء لورثة من مات إلا بعد طيبه وحلول بيعه .

قال أشهب : وسواء حبس حياة المحبس أو حياة المحبس عليه .

فصل

ومن « العتبية » : روى عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بمائة دينار ينفق عليه منها كل سنة كذا ، وعليه دين .

فقال : أهل عمروه لنا وأعطونا الفضل ، فليس لهم ذلك ،لأن الفضلة ترجع إلى ورثة الموصى ، ولو أوصى له بنفقة دينار كل شهر ، فقالوا له : أعطنا ما يفضل من الدينار عن نفقتك ، فذلك لهم ، لأن الدينار صار مالاً من ماله .

وقال عبد الملك في « المجموعة » : في الموصى له بالنفقة والخدمة والسكنى يفلس: فإن سمى له فضلاً بينًا مثل خمسة دنانير في الشهر ، فهذه وصية بالنفقة وبغير النفقة ، فإن سمى مثل ما بين ضيق النفقة وسِعَتِها ، فلا شيء فيه للغرماء ، وكذلك في فضل المسكن .

فيمن أوصى بغلة داره أو مخيره للمساكين أو لقوم بأعيانهم ، وشراء ذلك من الموصى له به

قال ابن القاسم : ومن أوصى بغلة داره أو جنانه للمساكين جاز ذلك .

محمد : قال أشهب : فإن لم يحمل الثلث الدار أو الجنان أخرج من ذلك بعينه ما حمل الثلث ، ولا تخيير للورثة فيه ، ولا قطع الثلث من جميع المال ،ولكن مما أوصى له بعينه .

وكذلك لو أوصى بذلك في سبيل الله أو في اليتامى والأرامل ولا تخيير .

وإن لم يحمله الثلث ويكون ما حمل منه موقوفًا ، تكون غلته فيما ذكر كالوصية بالرقبة ، إذ لا مرجع له إلى الورثة يرجى ، ولو كان على قوم بأعيانهم فلم يبعه الثلث ولم تجز الورثة قطع لهم بثلث التركة بتلاً ، إذ له مرجع إذا هلكوا .

ولو أوصى للمساكين بعدة أوسق من بستانه أو بدنانير من غلة داره كل عام ، فهذا يخير فيه الورثة ، فإما أجازوا أو قطعوا له بالثلث بتلاً ، بخلاف الوصية بالجميع لمن لا انقطاع له .

قال ابن القاسم وأشهب : ومن أوصى بظهر دابته أو بخدمة عبده أو سكنى داره للمساكين ،فلينظر من جعل النظر إليه ، فإن رأى أن يؤاجر ذلك ويقسم أجرته في المساكين ، فعل .

وإن رأى أن يوقفه فمن احتاج سكن أو ركب أو اختدم ، فعل ، كمن أوصى بعبد للمساكين ، فإن رأى ولى النظر بيعه وتفرقة ثمنه ،فعل .

وإن رأى أن يدفعه برمته يصنعون به ما شاؤوا فعل .

فإن لم يحمله الثلث ، فما حمل منه صنع فيه مثل هذا ، ولا يخير الورثة في هذا ، لأن الميت استوعب ثلثه وقطعه عنهم للأبد .

قال أبو محمد : يريد ، لأنه لما أبده للمساكين ، فكأنه أوصى لهم بعينه .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أسكن رجلاً دارًا حياته ، ثم أراد بعد ذلك أن يبتاع منه السكنى ، فلا بأس به .

قال ابن وهب وابن نافع : وقاله عبد العزيز بن أبى سلمة .

قال سحنون : والرواة كلهم في الدار على ذلك ، لا أعلم بينهم اختلافًا .

قال ابن القاسم : ولا بأس لورثته أيضًا إن اشتروا سكناها ، يريد لأنهم ورثوا ما

كان لميتهم ، وحلوا محله .

وقال ابن القاسم : وكذلك إن أوصى بثمرة حائطه حياته ، فلا بأس لصاحب النخل أن يشترى الثمرة .

وإن مات الموصى والثلث يحمل الحائط ، فلورثته أيضًا أن يشتروا [ق / ٦٧ / ٩ب] الثمرة من الموصى له ، لأن الأصل صار لهم ، وإنما شراؤهم للثمرة قبل أن تثمر كشرائهم للسكنى في الغرر سواء ، لا بأس به .

م : وإنما جاز ذلك لأن أصله معروف ، فأرخص فيه كما أرخص في شراء العرية بخرصها ثمرًا ، والامتناع من مثل هذا داعية إلى انقطاع المعروف ، فخفف لهذا ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : وكل من حبس على رجل حائطًا له حياته ، أو دارًا حياته ، ثم أراد أن يشتريهما جميعًا ، فلا بأس به .

وكذلك من أخدم رجلاً عبده حياته ، أو أوصى بالخدمة ، أو بالسكنى حياته ، فلصاحب ذلك أن يشتريه هو أو ورثته من المعطى ، ولا يجوز بيع ذلك من أجنبى .

وقد قال مالك:فيمن أعرى عرية ، ثم باع بعد ذلك حائطه أو ثمرته :إنه يجوز لصاحب الثمرة أن يشترى تلك العرية بخرصها ثمرًا ، كما يجوز لصاحب الحائط .

وكذلك الموصى له بالخدمة حياته ، يجوز له بيع تلك الخدمة من ورثة الموصى ، يريد : ولا يجوز بيع تلك الخدمة من أجنبى ، وإنما يجوز أن تبيع خدمة العبد من أجنبى أو يؤاجره إياها مدة قريبة كسنة أو سنتين ، أو أمد مأمون ، ولا يكريه إلى أجل بعيد غير مأمون ، بخلاف كرائه لعبده .

وقد قال مالك : من اكترى عبده من رجل عشر سنين فلا بأس به ، وما رأيت أحدًا فعله .

قيل لابن القاسم : فلم أجاز لسيد العبد أن يكريه عشر سنين ، ولم يجز للمخدم حياته أن يكريه أجلاً بعيدًا ؟

فقال : لأن السيد إذا مات لزم ورثته تمام الكراء بقية الأجل ، والمخدم حياته إذا مات بطل فضل ما تكاراه إليه ، لأنه لا يرجع إلى ورثته كما رجع إلى ورثة مالكه ، فلا يجوز من بيع خدمته إلا الأمد المأمون.

وأما الموصى له بخدمة عبد عشر سنين ، فلا بأس أن يكريه فيها ،لأن المخدم هاهنا إذا مات ورث ورثته خدمة بقية الأجل .

م : **وقال غيره** : لم يعتبر موت العبد في الإجارات ،لأنه أمر لا يقدر على دفعه، وأما إن بطلت الإجارة بموت غير العبد ، فلذلك ، فمتى صارت الإجارة تبطل بموت غير العبد لم تجز .

وقال ابن المواز : ومن أسكنه رجل داراً حياته ، فلا يجوز له أن يكريها إلا مدة قريبة كالسنة وشبه ذلك ، أو هو اشترط النقد .

وإن لم يشترط النقد فلا بأس لأنه متى مات انفسخ الكراء ورجعت الدار إلى صاحبها .

ومن « المدونة » : والموصى له بخدمة العبد حياته إذا صالح الورثة من خدمته على مال فمات العبد وبقى المخدم حيًا ، فلا يرجع عليه الورثة بشيء مما أخذ منهم ، وللرجل أن يؤاجر ما أوصى له به من سكنى دار أو خدمة عبد ، إلا أن يكون عبدًا قال له : اخدم ابنى ما عاش أو اخدم ابنتى أو ابن أخى وشبهه هذا ، ثم أنت حر ، وهو من العبيد الذين يراد بهم الخدمة وإنما ناحيتهم الحضانة والكفالة فليس له أن يؤاجره ، لأن مالكًا قال فيمن قال لعبده أو لجاريته : اخدم ابنى أو ابنتى أو ابن أخى عشر سنين ، أو حتى يبلغ أو ينكح ، ثم أنت حر ، فمات الذى قيل له : اخدمه ، قبل الأجل ، فإن كان ممن أريد به الخدمة خدم ورثة الذى مات بقية الأجل ثم هو حر .

فإن كان ممن لا يصلح للخدمة لمراهقته ، وإنما أريد به الحضانة والكفالة ، والقيام عجل له العتق الساعة ولم يؤخر .

قال مالك : وقد نزل هذا ببلدنا وحكم به وأشرت به .

قال ربيعة : ومن قال لعبده : إذا تزوج ابنى فأنت حر ، فبلغ الابن النكاح وهو موسر ، فأبى أن ينكح وتسرر، فإن العبد يعتق الآن ، لأنه أراد بلوغ أشده وأن يستعين بالعبد فيما قبل ذلك من السنين.

م : **قال بعض أصحابنا عن غير واحد من فقهائنا** : ولو بلغ الابن النكاح وهو معسر لم يعتق العبد حتى يكون للولد ما يتزوج به مثله في حاله .

فيمن أوصى لرجل بحائط فأثمر، أو بعبد فأفاد مالاً ، أو بأمة فولدت

قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل برقبة جنانه ، فأثمر الجنان قبل موت الموصى بسنة أو سنتين فمات الموصى له، وكذلك إذا أبرت النخل وألقحت الشجر قبل موت الموصى ، لأن مالكًا قال فيمن أوصى بأمته لرجل أو أوصى بعتقها بعد موته فولدت الأمة قبل موت الموصى إن ولدها رقيق للورثة ، ولا شيء للموصى له في الولد ، إلا أن يموت قبل الإبار أو قبل الولادة ، فيكون ذلك للموصى له كالبيع.

م : وذلك أن الوصايا كلها إنما تنفذ بعد موت الموصى ، إذ لو شاء الموصى لرجع عنها ، فما كان بعد الموت فكأنه وهبه حينئذ وكأنه وهب العبد وله خراج ، والأمة ولها ولد ، والجنان وقد أبر، فلا يدخل في ذلك إلا الموصى به وحده .

وإذا قومت الأصول وحدها فخرجت من الثلث وكانت الغلات تبعًا لها ، وقد كان أنفق على الجنان نفقة من مال الميت إلى إن نمت ثمرته ، فيجب أن يكون على الموصى له ثلث تلك النفقة ، لأنه ثلث لما حمله الثلث ، كأنه لم يزل ملكًا للموصى له ، ولأن الميت لم ينتفع بالغلة ولا كثَّر بها ماله ، فلذلك تكون النفقة على الموصى له [ق /٩٨ / ٩ب] والله أعلم .

قال ابن القاسم : وإذا أثمر الجنان بعد موت الموصى وقبل النظر في الثلث، فتلك الثمرة للموصى له إن حمل الثلث الجنان ، ولا تقوم الثمرة مع الأصل ، لأنها ليست بولادة ، وإنما يقوم مع الأصل بعد موت الموصى الولادة وشبهها ، والثمرة هاهنا بمنزلة الخراج والغلة .

وكذلك ما أفاد المدبر والموصى بعتقه والموصى به لرجل من فوائد بعد موت الموصى قبل النظر في الثلث ، فلا يقوم معهم في الثلث ،وإنما يقوم معهم من أموالهم ما مات السيد وهو بأيديهم ، أو نمى من ربحه بعد موته ، وليس لهم أن يتجروا به بعد موته ، فإن غلوا فالربح بمنزلة رأس المال ، وكذلك لا يقوم مع المبتل في المرض ما أفاد بعد عتقه قبل موت السيد أو بعد موته ، وهذه فوائد لهم وللموصى له بالعبد إن حمل الثلث رقابهم ، يعني : وأن الدين في المرض يرد ما بتل من العتق في مرضه ، ويضر بالعبد كما يضره ما تلف .

قال سحنون : وقد قال غير هذا ، وهو قول أكثر الرواة : إن ما أجمع من السيد في حال الإيقاف لاجتماع ماله في يد المدبر أو الموصى بعتقه أو برقبته لرجل من مال تقدم لهم وما ربحوه فيه من تجارة أو بعمل أيديهم أو هبة أو بغيرها من الفوائد ، فإن ذلك كله يقوم معهم في الثلث خلا أرش ما جنى على المدبر ، فليس له وذلك للسيد كبعض تركته ، وكذلك المبتل في المرض يقوم ماله معه وما أفاد من ذلك كله بعد العتق قبل موت السيد أو بعده ، وكذلك الجنان الموصى به لرجل أن ما أثمر بعد موت الموصى يقوم مع الأصول في الثلث ، فإن حمل الثلث جميع العبد الذين ذكرنا كان المال لهم وللموصى له بالعبد ، وكذلك الجنان إن حملها الثلث نصف ما ذكرنا، وقف المال بأيدى العبيد ولا ينتزع ممن جرت فيه حرية منهم ، ويكون النخل ونصف الثمرة .

قال سحنون : وهذا أعدل أقاويل أصحابنا .

قال بعض الفقهاء : وذلك أن نماء العبد لم يختلف فيه أنه إنما يقوم على هيئته يوم التقويم .

وكذلك ولد الأمة ، ولم يذكر فيه اختلافًا أنه يقوم معها كنماء أعضائها فكذلك يجب أن تقوم الغلات مع الرقاب ، لأنها كالنماء في الموصى به .

وإذا قومنا الغلة مع الأصول ، فالنفقة على ذلك من مال الميت ، لأن في ذلك انتفاعًا له بتكثير ماله بالغلة مع الأصول .

قال : وإذا مات العبد الموصى به لرجل وترك مالاً - على مذهب من يرى أن ماله يتبعه في الوصية - فيجب أن يقوم ماله ، فإن خرج من الثلث أخذه الموصى له، ولو اغتل غلة بعد الموت - فعلى قول من قومه بما اغتل -تقوم الغلة للموصى له به كذلك كان يجب أن يقوم ماله ، فإن خرج من الثلث أخذه الموصى له . ولو اغتل غلة بعد الموت - فعلى قول من قومه بما اغتل - تقوم الغلة للموصى له به كذلك كان يجب .

وفي «كتاب محمد» : إن ما اكتسب لورثة سيده إذا مات ولم يكن له مال مأمون، وكذلك عبده لو جنى عليه فأخذ لذلك أرشًا ، كان لورثة سيده ، ولا شيء للموصى له به من ذلك .

وكذلك إن قتل فقيمته لورثة سيده .

قال بعض الفقهاء : والأشبه أن يكون ذلك للموصى له به ، كما لو وهبه عبدًا فقتل ، إن قيمته للموهوب .

وأما الموصى بعتقه فلا شك أن قيمته لورثة سيده إذ لم تتم حرمته ، بل مات عبدًا .

وأما من لم ير تقوم الغلة ، فإذا مات العبد فقد يقال : إن ما ترك للورثة لما لم يصح أن تكون الغلة تبعًا له .

م : وحكى عن بعض شيوخنا القرويين في العبد الموصى بعتقه إذا كان مال اكتسبه قبل الموت فإنه يقوم معه على القول الواحد ، وذلك إذا حمله الثلث ، لأنه إذا كان الثلث كاملاً له ظهر لنا أن هذا العبد من حين مات سيده وجبت حريته ، ومال الحر تبع له ، فلا يقوم معه .

وأما إن لم يحمل الثلث العبد ، فلا بد أن يقوم بماله ، لأنه يوقف بيده ، إذ قد وجبت الشركة فيه .

قال : وأما ثمر النخل فلا يقوم مع الأصول ، حملها الثلث أو لم يحملها على أحد القولين ، لأن الثمن يقسم ويبين فيه كل واحد بحقه ، والمال موقوف بيد العبد لا يقسم ، والمسألتان مفترقتان ، والله أعلم .

فيمن أوصى لرجل بولد أمته أو غنمه ، وبرقبتها لآخر ، أو أوصى بالولد أو بزرع أو بثمر حائطه وأوصى مع ذلك بوصايا ، أو أوصى بثلث غلة حائطه أو بغلة ثلثه

ومن « **العتبية** » : قال أصبغ عن ابن وهب فيمن قال : أوصيت لفلان بما ولدت جاريتي هذه أبدًا ، فإن كانت يوم أوصى حاملاً فهو له ، إن لم تكن يومئذ حاملاً فلا شيء له ، ولو حدث بها بعد ذلك حمل لم يكن له فيه شيء ولربها بيعها إن شاء.

ومن «**كتاب محمد**» - وأراه لأشهب - وإذا أوصى بولد أمته لرجل ، وبرقبتها لآخر فهو كذلك لهذا ما تلد ما دام حيًا وعليه نفقتها .

فإذا مات فرقبة الأمة للموصى له بالرقبة .

م : وهذا أصوب من قول [ق / ٦٩ / ٩ب] ابن وهب .

قال ابن المواز : وهذا إذا لم تكن يوم أوصى حاملاً ، فإن كانت حاملاً يومئذ ، فليس له إلا حملها فقط .

قال : ومن أوصى لرجل بما تلد غنمه أو بصوفها أو بلبنها ، ورقبتها لآخر ، فنفقتها على صاحب الغلة وله ما كان عليها من صوف تام يوم مات ، وما في ضروعها من لبن ، وما في بطونها من ولد ، وما تلد بعد ذلك إلى مماته ، ثم هي لصاحب الرقاب .

م : أراه يريد ، ولم تكن حوامل يوم الوصية وإنما حملت يوم مات ، فلذلك قال : وما تلد غنمه بعد ذلك إلى مماته ، ولو كات حوامل يوم الوصية لم يكن للموصى له بولدها غيره، إلا أن يوصى له بما تلد حياته ، أو يعلم أنه أراد ذلك .

ومن « المجموعة » : قال عبد الملك : وإذا أوصى بما في بطن أمته أو غنمه أو بثمرة نخله ، وأوصى مع ذلك بوصايا ، فإن ولدت الأمة والغنم قبل النظر في ذلك حوصص بذلك على قدر ما هو به من حسن وقبيح ، ونقص ونماء ، وصحة ومرض.

وإن لم تضع حوصص بعشر قيمة الأمهات ، فإن أخطأ ذلك قبل فوات الأمهات فبان وخابت أو ماتت ، رد ما أوقف من ذلك على أهل الوصايا بالثلث .

قال أبو محمد : أراه يريد في قوله : فبان وخابت ، أى بان أن لا حمل بها أو خابت .

قال عبد الملك : وإن ماتت أعيان الأمهات .

قال : وقال بعض أصحابنا : إن الأمهات تباع ولا ينتظر ، ولا تكون أسوأ حالاً ممن يعتق ما في بطنها ثم يموت فإنها تباع في دينه ، والأول أحب إليَّ .

وقال في ثمرة النخل : ينظر كم تسوى أن لو حل بيعها فيحاص بذلك وكذلك يحاص في العبد الآبق يوصى به بقيمته على غرره .

قال ابن القاسم في الموصى له بزرع لم يبد صلاحه فيستأنى به حتى يحل بيعه فيحاص به في الثلث ، فما نابه أخذه في الزرع ، وإن أجيح الزرع بطلت وصيته .

قال أشهب : وإن أوصى بما في بطن أمته ، فإن حـمل الثلث الأم حاملاً وقفت حتى تضع فيأخذه الموصى له به ، أو يعتق إن وصى بعتقه .

ومن كتـاب ابن المواز و « العتبـية » : قال ابن القاسـم : ومن أوصى ، فقال : لفلان ثمـرة حائطي ، لم يزد على هذا ولم يذكر أي ثمـرة ، ولا كم من المدة ، فإن كان فيها يوم الوصية ثمرة لم يكن له غيرها سنته تلك .

وإن لم يكن فيها يومئذ ثمرة ، قال أصبغ : ولا حمل يومئذ بالأمة .

قال ابن القاسم : فله ثمرة ذلك الحائط حياته .

قال أشهب في كتاب محمد و « المجموعة » : وإن أوصى بثمرة في حائطه ويدع غيره ، فـإن أبرت قومت وقوم الحائط ، فإن خرجت من الثلث جـاز ، أو ما حمل الثلث منها .

وإن لم تؤبر لم يلزمهم إيقـاف الحائط كله حتى تؤبر أو تجذ ، فـإما أجازوا وإلا قطعوا له بثلث التركة كلها .

وإن أوصى له بثلث غلة حائطه أبدًا أو سنة ، فإن حمله الثلث أنفذ ذلك .

وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في إمضاء ذلك له أو القطع له بثلث التركة .

وأمـا إن أوصى له بغلة ثلث حـائطه ، فـبخـلاف ثلث الأول وهذا جـائز لازم للورثة، كما لو أوصى بثلث حائطه ملكًا .

وأما قـوله: ثلث نخلة حائطي ، فـهذا إيقاف لجـميع الحائط ، ولا يصلح فـيه القسم ، لأنهـا وصية بغلة ثلث الحـائط ، وللورثة بيع ثلثيهـم في قوله : بغلة ثلث الحائط وليس لهم ذلك في قوله : بثلث غلة الحائط .

قال أبو محمد : يريد ، وإن أخرج من الثلث .

قال سحنون في « المجـموعة » : وإذا أوصى بغلة ثلث حمامـه للمساكين ثم أراد الورثة قسمـته ، فليس ذلك لهم ، فإن كان الحـمام يخرج من الثلث ويبقى مـوقوفًا كله، مثل ما لا ينقسم من العبيد والحيوان ، لأن الميت أولى بثلثه من الورثة .

وإن لم يحملـه الثلث خير الورثة ، فـإما أوقـفوه كله وإلا قطعوا لـه بثلث مال الميت للمساكين .

قال أبو محمد : إنما قال سحنون هذا في الحمـام ، لأنه لا ينقسم فلابد أن يبقى جميـعه موقوفًا ، ولو كـان دارًا يحمل القسمة لافـترق قوله : ثلث غلة دارى ، من قوله : غلة ثلث دارى ، كما ذكر أشهب في الحائط .

محمـد : قال أشهب : وإذا أوصى بثمـرة حائطى التى فيـه الآن لرجل ، وبغلته فيما يستقبل لآخر حياته ، فإن خرج من الثلث فذلك جائز لهما ، أبرت الثمرة أم لا أو طابت .

فإن لم يخـرج من الثلث لو لم يترك غـيره ، نظرت فإن طابت الثـمرة أو أبرت قومت وقومت الغلة حياة الآخر ، فإن كانت قيمته سواء فلصاحب هذه الثمرة نصف الثلث في تلك الثمرة بعينها ، وللآخر نصف الثلث يكون به شريكًا للورثة في جميع التركة .

وإن لم تؤبر الثمرة كـان ثلث الثمرة بينهمـا بتلاً بقدر قيمـة وصاياهم إن لم تجز الورثة.

تم كتاب الوصايا الثاني بحمد الله وعونه .



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوصايا الثالث

جامع القول في الوصية على الضرر [ق/٧٠/٩ب]

قال الله سبحانه وتعالى في الموصى ﴿ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾ (١) ، فلا تجوز الوصية على الضرر.

قال ابن القاسم : ومن قال وهو صحيح : غلة داري في المساكين وأنا إليَّ غلتها وأفرقها ما دمت حيًا ، فإن ردها ورثتي بعد موتي فهي وصية في ثلثي تباع ويتصدق بثمنها ، فذلك نافذ .

قال محمد : وقد اختلف في هذا ، فقال ابن القاسم : ذلك جائز نافذ وقال أشهب : لا يجوز .

م : وقول ابن القاسم أبين ، لأنه ليس فيها وصية لوارث ولا ضرر به .

قال ابن القاسم فيه وفي « المدونة » : ولو قال : هي على ورثتي وأنا إليَّ قسمها، فإن رد ذلك ورثتي بعد موتي بيعت وتصدق عني بثمنها من ثلثي على المساكين ، لم يجز ذلك وكانت ميراثًا ،وقاله أشهب .

قال ابن القاسم : وقد قال بعض من أثق به من أهل العلم فيمن أوصى بغلامه لبعض ورثته ، وقال : فإن لم ينفذوا ذلك له فهو حر ، فلم ينفذوه فلا حرية له وهو ميراث ، وقاله مالك .

ولو قال : هو حر ، أو في سبيل الله إلا أن يشاء ورثتي لن ينفذوه لابني ، فذلك نافذ على ما أوصى به .

محمد : وقال أشهب : ذلك سواء بدأ بالوصية للابن أو بدأ بالحرمة ، فلا يجوز، وهذا من الضرر .

وقال ابن وهب كقول ابن القاسم ، قال أصبغ : وهو رأيي على اتباع العلماء.

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن أوصى بثلثه لوارث ، وقال: فإن لم يجزه باقي الورثة فهو في السبيل ، فلا يجوز ذلك للوارث لا في السبيل ويرد ميراثًا ، لأنه مضار بالورثة إذا منعوه ما لهم منعه .

---

(١) سورة النساء (١٢) .

قال محمد : وقال ذلك أصبغ ، هو قول جميع المدنيين ، وقاله ابن كنانة وابن نافع وابن وهب قال : قال ابن القاسم : ذلك إذا بدأ بالوارث ، ولو بدأ بالأجنبى أو بالسبيل .

وقال : إلا أن يجيزوه لابنى فلان ، كان ذلك جائزا حيث جعله ، إلا أن ينفذه الورثة لوارثه كما قال ، لأنه لا يتهم في هذا على الضرر إذا بدأ بغير الوارث ، ولم يكن أصل ما بدأ عليه لوارث ، فافهم ذلك فإنه أحسن ما سمعت وأصوب إن شاء الله ، وهو رأيى .

قال أصبغ : وأنا أقوله استحسانًا واتباعًا ، وقاله غير ابن القاسم من أهل المدينة وفيه بعض المعمر ، وأما القياس فهو مثل الأول .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن قال : دارى أو فرسى في السبيل إلا أن يشاء الورثة أن ينفذوا ذلك لابنى فلان ، فذلك جائز وينفذ في السبيل إن لم ينفذ لابنه ، وليس لهم أن يردوه .

محمد : قال مالك فيمن أوصى بغلامه لابنه : فإن يجز ذلك الورثة فهو حر ، فإنه ميراث ، ولا حرية له .

ولو قال : غلامى يخدم ابنى حتى يبلغ ثم هو حر ، فإن لم تجز الورثة فثلثى صدقة على فلان .

قال : فالغلام حر إلى الأجل إن خرج من الثلث ، ويخدم جميع الورثة على مواريثهم إلى بلوغ من ذكر ، فيعتق .

قال محمد : وإنما وقع الضرر هاهنا بالوصية بالخدمة ، وأما الحرية فقائمة جائزة لوقتها .

قال محمد : وإن لم يسعه الثلث خير الورثة بين إجازة ذلك ، أو عجلوا عتق محمل الثلث منه بتلاً .

قال محمد : وهو قول أصحاب مالك أجمع ومذهبهم .

وقال فيمن أوصت في جارية لها أن تخدم ابنتها حتى تبلغ ثم هي حرة ، فقيل لها : إن هذا لا يجوز .

فقالت : إن كان ذلك لا يجوز ، فثلثى يحج به عنى .

قال مالك : تكون خدمة الجارية بين جميع الورثة على فرائضهم حتى تبلغ ابنتها فتعتق .

قال أشهب فيمن أوصى بوصية من غلة داره أو عبده فخاف أن لا يجيزها القاضي ، فشرط إن ردها القاضي فقد أوصيت أن تباع ويتصدق بثمنها .

قال : أما إذا أوصى لمن تجوز وصيته له ، فذلك نافذ ، ولا شيء للمساكين .

قال غيره : وإن قال : عبدى لفلان وهو أكثر من الثلث ، وإن لم تجزه الورثة فهو حر ، فذلك جائز وهو حر .

قال أبو محمد : يريد ما حمل الثلث منه .

فيمن أوصى بوصيتين ، أو بوصية بعد وصية من جنس أو جنسين ، أو أوصى لرجل بشيء ثم أوصى به لغيره ، وما يعد منه رجوعًا

قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بثلاثين دينارًا ، ثم أوصى له تارة أخرى بالثلث ، فليضرب مع أهل الوصايا بالأكثر .

عبد الملك : قال سحنون في « المجموعة » : معناه إن ماله كله عين ، وكذلك قال ابن المواز، قاله أصبغ .

قال : وإن كان ماله عينًا وعرضًا ضرب معهم بثلث العرض وبالأكثر من ثلث العين أو بالتسمية .

قال عنه ابن حبيب : وإن كان ماله كله عرضًا ضرب مع أهل الوصايا بالثلث وبالتسمية .

وإن لم يكن معه وصايا ، فإنما له بالثلث ، إلا أن يجيز الورثة فيعطى الوصيين.

ومن « المدونة » : قلت : فمن أوصى لرجل بدار ثم أوصى له بعشرة آدر ، وللميت عشرون دارًا .

قال : فله أكثر الوصيتين ، عشرة آدر ، فيكون من جميع الدور نصفها بالسهم، إن حمله الثلث أو ما حمل منه إلا أن يجيز ذلك الورثة .

وقال مالك فيمن أوصى لرجل بمبذر عشرين مديًا من أرضه ، فإن كانت الأرض مبذر مائة فله خمسها بالسهم ، ووقع له أقل من مبذر عشرين لكرم الأرض أو أكثر

لرد .

قال ابن القاسم : والدور عندى بهذه المنزلة .

قال : وإن كانت الدور في بلدان شتى أعطى نصف كل ناحية بالسهم .

قال مالك : من أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له مرة أخرى [ق / ٧١ / ٩ب] بدنانير ، فله أكثر الوصيتين ، كانت الأولى أو الأخيرة .

وإن أوصى له بدنانير ، ثم أوصى لـه مرة أخرى بغيـر الدنانير ، فله الوصيـتان جميعًا .

وإن أوصى له بعشـرة أرادب حنطة ، ثم أوصى له بخمسة عـشر أردب حنطة ، فله أكثر الوصيتين بمنزلة الدنانير .

وكذلك إن أوصى له بعشرة شياه ، ثم أوصى له بعشرين شاة ، فله الأكثر بمنزلة الدنانير ، ثم ينظر إلى عدد الغنم ، فإن كانت مـائة فله خمسها بالسهم ، وقع له في ذلك أكثر من عشرين أو أقل ، كذلك قال مـالك فيمن قال : لفلان عشرون شاة من غنمى ، وهي مائة شاة ، فله خمسها بالسهم ، ويدخل في ذلك الخمس ما دخل .

وكذلك إن قـال : لفلان عـبدان من عـبيـدى ، ثم قال : له عـشرة أعـبد من عبـيدي، فله أكثـر الوصيـتين ، لأنه لما لم يتبين أنه رجع عن الأولى ، واحـتمل أن يكون نسيها أعطيناه أكثرهما .

وأما إن كانت وصيـة واحدة فسمى له في أولها عشـرة ، ثم سمى له في آخرها عشرة أخرى فأقل ، فله المالان جميعًا ، فأما إن سمى له في آخرها أكثر من عشرة ، فله الأخيـرة فقط ، ويحمل كـأنه تملك الأولى فزاده ، فـقال : له عشـرون ، منها العشـرة الأولى ، ولا يحســن في المسألة الأولى أن يقـول : له عشـرة منها العـشرة الأولى ، ولو قال : لزيد عشرة ، ولفلان كذا ، ولفلان كذا ، ولزيد عشرون ، فإنما له عشرون ، وكانت « واو » للسبق على ما قارنها من ذكر غيره .

ولو قال : لزيد عشـرة وانظروا فلانًا فإنه فعل لنا كـذا ، أو ظلم فلانًا ، ولزيد عشرون ، فهذا لا يحسن أن ينسق إلا على الأول ، وكأنه قال : لزيد عشرة ، ولزيد عشرون ، فله ثلاثون .

ولو قال : لزيد عشرة لزيد عشرون ، لم يكن له إلا عشرون .

قال عنه ابن حبيب : وكذلك ما يكال أو يوزن في بدايته بالأكثر أو بالأقل ،فهو كدنانير ، وكذلك العين كله الدنانير والدراهم ، لأنه صنف واحد ، بدأ بالذهب أو بالفضة ، ويعتبر بالأكثر والأقل بالضرب ، وقاله مطرف في ذلك كله ، ورواه عن مالك . **قال ابن الماجشون** : ولو كانا في كتابين أخذ أكثر الوصيتين ، لا يراعى فيها شيء .

وقال مطرف : كانتا في كتاب أو في كتابين ، يراعى الأقل إذا بدأ به ، أو بالأكثر .

فإن كانتا عروضًا وعروضًا ، أو عروضًا وعينًا ، فله الوصيتان جميعًا ، تفاضل ذلك أم لا ، كانا في كتابين أو في كتاب .

وساوى ابن القاسم بين كتاب أو كتابين ، كانت الوصيتان عينًا ، أو ما يكال أو يوزن ، فله الأكثر منها ، كانت الأولى أو الأخيرة ، وجعل الدنانير والدراهم صنفين في هذا ، وله الوصيتان ، وقاله أصبغ .

وقال ابن حبيب بقول مطرف وابن الماجشون .

وقال أشهب في « المجموعة » : ورواه عن مالك : إن كل ما كان من صنف واحد ، فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الأخيرة .

قال أشهب : كان ذلك مما يكال أو يوزن أم لا ، كان حيوانًا أو عروضًا أو غيرهما، ما لم يكن ذلك شيئًا بعينه .

وكذلك **قال ابن القاسم** ، وذكر عنه مثل ما في « المدونة » .

وكذلك محمد عن أشهب عن مالك نحو ما تقدم ، أنه إذا أوصى بشيء بعد شيء في كتاب واحد ، أو في كتاب بعد كتاب ولم يذكر الأولى ، فما كان من نوع واحد من دنانير أو دراهم أو طعام ، يكال أو يوزن ، فله أكثرهما .

وإن كانت أشياء مختلفة دنانير وعبد ودابة ، أخذ الجميع وحوصص له به .

محمد : وكذلك دنانير ودراهم ، وسبائك فضة أو قمح وشعير ، فله ذلك كله.

وذكر يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في « العتبية » مثله ، وكذلك روى سحنون وأصبغ ، إذا أوصى لرجل بدنانير ودراهم ، أو بصيحاني وبرنى في وصية واحدة أو وصيتين ، فله الصنفان جميعًا .

م : واختصار ذلك أنه لا خلاف أنه إذا كانتا جنسين أن له الوصيتين ، كانتا بكتاب واحد أو بكتابين .

وإن كانتا نوعًا واحدًا ، فقيل : له أكثر الوصيتين ، كانتا بكتاب أو بكاتبين .

وقيل : ينظر ، فإن بدأ بالأقل فله أكثر الوصيتين ، وإن بدأ بالأكثر أو كانتا متساويتين فله الوصيتان .

وقيل : إنما هذا إذا كانتا بكتاب واحد ، وإن كانتا بكتابين فله أكثر الوصيتين ، والأول أصوبهما وبالله التوفيق .

قال أصبغ عن ابن القاسم : فإن أوصى بثلثه لفلان وفلان وفلان ،ثم قال : وأعطوا فلانًا مائة دينار - لأحد الثلاثة - فإنه يضرب بأكثر الوصيتين من المائة أو من ثلث الثلث .

قال أصبغ : وفيها شيء ولها تفسير.

م : وإنما يعنى أصبغ - والله أعلم ـ أن هذا الجواب إنما يصح إذا كان ماله كله عينًا دنانير .

وأما إن كان ماله عينًا وعروضًا فله تسع العروض والأكثر من تسع العين أو التسمية ،يضرب بجميع ذلك مع أهل الوصايا ، وقد تقدم له مثل هذا من «كتاب محمد» في أول مسألة من هذا الباب .

قال عيسى عن ابن القاسم : وإذا أوصى لرجل بعشرة دنانير ، ولآخر بعشرين ، ولآخر بثلاثين ، ثم أوصى لهم بعد ذلك بالثلث ، فإنهم يعطون التسمية ثم يقتسمون ما بقى من الثلث أثلاثًا .

وقال أيضًا : يقتسمونه بقدر ما بأيديهم .

فصل

قال ابن القاسم عن مالك : [ق / ٧٢ / ٩ب] فيمن أوصى لرجل بمائة مبداة.

لقوم بوصايا ، ثم قال بعد ذلك : ولصاحب المائة ألف دينار.

قال : يحاص صاحب المائة بالألف ، فإن وقع له أكثر من مائة أخذه فقط ، وإن وقع له أقل من مائة أخذ المائة المبداة .

قلت لابن القاسم : وإن قال : زيدوا لصاحب المائة المبداة ألفًا قال : يأخذ المائة المبداة ويحاص أهل الوصايا بالألف في بقية الثلث ، فيأخذ الوصيتين جميعًا .

قال أشهب عن مالك : ولو أوصى لرجل بثلاثمائة وبمسكن ، وقال : يبدأ بذلك على أهل الوصايا ، ثم أقام ثمان سنين ، ثم أوصى لفلان كذا ، ولفلان كذا، ولفلان - يعنى الأول - ألف دينار، وذكر وصايا لقوم ، ثم قال : وزدت لفلان مائة دينار ، فإنه يبدأ للأول بالمسكن ثم يحاص أهل الوصايا بالألف وبالمائة التى لم يبدأ بها ، فإن صار له أكثر من ثلاثمائة أتم له ثلاثمائة مبداة .

وكذلك في ابن المواز عن مالك .

فصل

ومن « المدونة » : ومن أوصى لرجل بشيء بعينه من دار أو ثوب أو عبد ، ثم أوصى بذلك لرجل آخر فهو بينهما .

م : ابن عبدوس : وقاله ابن القاسم وأشهب ، وهو قول مالك .

قال أشهب : لأنه قد أوصى لهما به فيتساويا ، وليس ما يبدأ به في اللفظ يوجب التبدئة.

وإن رد أحدهما نصفه ، فذلك النصف للورثة .

قال ابن القاسم وأشهب : وإن أوصى بعبد لوارث ، ثم أوصى به لأجنبى فهو بينهما ، ثم يرجع نصيب الوارث ميراثًا ، إلا أن يجتز له الورثة .

قال في « المدونة » : ولو أوصى لرجل ثلث ماله ، ثم أوصى لرجل آخر بجميع ماله ، كان الثلث بينهما على أربعة أسهم ، ولم تكن وصيته للآخر بجميع ماله نقضًا للوصية الأولى .

قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في « العتبية » فيمن أوصى بثلثه في سبيل الله : قال بعد يوم أو يومين يقسم ثلثى أثلاثًا ، فثلث في المساكين ، وثلث في

الرقاب ، وثلث يحج به عنى .

قال ابن القاسم : يقسم ثلثه نصفين ، فنصفه في سبيل الله ، ونصفه يقسم أثلاثًا على ما نص في وصيته .

ومن « المدونة » : ومن له ثلاثة آدُر، فأوصى بثلثهن لرجل فاستحق منها داران، أو أوصى له بثلث داره فاستحق ثلثاها بما ينظر إلى ما يستحق ، وإنما يكون للموصى له ثلث ما بقى .

قلت : فلو قال : العبد الذى أوصيت به لزيد هو وصية لعمرو ؟

قال : أرى هذا نقضًا للوصية الأولى ، وهو للثاني .

وقد **قال مالك** : إذا كان في الوصية الآخرة ما ينقض الأولى ، فالآخرة تنقض الأولى .

ولو أوصى بعتق عبد بعينه ، ثم أوصى به لرجل ، فهو كله للرجل .

ولو أوصى به أولاً للرجل ثم أوصى به للعتق ، كان حرًا ، ولا يكون للموصى له به قليل ولا كثير ، والوصية الآخرة في هذا تنقض الأولى ، إذ لا يشترك في العتق .

وقال أشهب : الحرية أولى به ، قدمها أو أخرها .

قال ربيعة : ومن أوصى بوصية بعد وصية ، إن الآخرة تجوز مع الأولى إذا لم يكن في الآخرة نقض للأولى .

محمد : قال أشهب : ومن أوصى بعبده لفلان ، ثم أوصى ببيعه أو قال : بيعوه من فلان ، وسمى الثمن أو لم يسم ، فهو رجوع والوصية للآخر ، ويباع من الذى سمى ويحط عنه ثلث ثمنه إن لم يسم ثمنًا ، وإن سمى ثمنًا لم يحط عنه شيء ، فإن قبله فذلك وإلا عاد ميراثًا .

ولو قال : عبدى لفلان ، وبيعوه من فلان ، فليبع منه بثلثى ثمنه ويعطى للأول ذلك .

وإن ترك الموصى له بابتياعه شراءه ، فالثلث للذى أوصى له به للورثة دون الموصى له به ، ويكون للموصى له بالعبد ثلثا ثمنه .

قال ابن القاسم : ومن أوصى بعبده لفلان ، وفي وصية له أخرى أن يباع من فلان غيره ، ولا مال له غيره ، فإن ثلث العبد يكون بينهما أرباعًا ، للموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه ، وللموصى له ببيعه ربع الثلث .

قال ابن عبدوس : وقاله أشهب ، وقال سحنون فيمن أوصى أن تباع داره من فلان بمائة ، وأوصى بعد ذلك أن تباع تلك الدار من آخر بخمسين ، فإن حملها الثلث بيع نصفها من هذا بخمسين ، ونصفها من هذا بخمسة وعشرين. وإن لم يحملها الثلث خير الورثة ، فإما أجازوا لهم أو تبرؤوا لهم من ثلث الميت في الدار، فيكون بينهما نصفين .

قال : ولا أدرى للمريض أن يوصى ببيع داره بعد موته وليس له غيرها وإن لم يحاب ، لأنهم يملكون بموته الثلثين ، وإنما له ذلك في حياته .

قال أشهب : وإذا قال في وصيته : غلة عبدى لفلان ، ثم قال بعد ذلك : خدمته لفلان آخر، فليس برجوع ، والغلة والخدمة سواء ،فإن حمله الثلث اختدماه أو استغلاه جميعًا يكون بينهما سواء .

وإن لم يحمله الثلث خير الورثة في أن يجيزوا أو يسلموا إليهما ثلث الميت .

قال ابن القاسم : وإن قال : عبدى يخدم فلانًا سنتين ، ثم هو حر ، ثم قال : يخدم فلانًا سنة ، فإنهما يتحاصان في خدمته سنتين ، فلصاحب السنتين خدمة سنة وثلث .

ولو قال : يخدم فلانًا سنة ثم هو حر ، ثم قال: يخدم فلانًا سنتين فليتحاصا في خدمة سنة ، لهذا ثلثاها وللآخر ثلثها ثم هو حر [ق / ٧٣ / ٩ب] .

فصل

ومن « المجموعة » و « العتبية » : قال ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بدين له على آخر ، ثم اقتضاه في مرضه وأنفقه أو استودعه ، فهو رجوع فلا شيء .

وقال في « المجموعة » : وإن أوصى له بزرع ثم حصده ، أو بثمرة ثم جذه ، أو بصوف ثم جذه ، فليس برجوع ، إلا أن يدرس القمح ويكتاله ويدخله بيته ، فهو رجوع .

وإن أوصى له بعبده ثم رهنه ، فليس برجوع ولينفذ من رأس المال ، وكذلك لو

أجره ، فالعبد للموصى له ، قاله مالك .

ومنه ومن «كتاب ابن المواز» : قال ابن القاسم وأشهب : وإن أوصى له بثوب فصبغه ، فالثوب بصبغه للموصى له ، وكذلك لو غسله أو كانت دارًا فحصصها أو زاد فيها بناء ، أو أوصى له بسويق فلته ، لأنه لم يغير الاسم عن حاله .

قال أشهب : ولو أوصى له بعرصة فبناها دارًا ، فذلك رجوع ولو أوصى له بدار فهدمها حتى صارت عرصة ، فليس برجوع عنها ، لأنه أوصى له بعرصة وبناء ، فأزال البنيان وأبقى العرصة .

قال في «كتاب محمد» : ولا وصية له في النقص الذى نقص .

قال : وأما الذى أوصى بعرصة فبناها دارًا ، فإنه لا يقع عليها بعد البناء اسم عرصة ، وقاله سحنون في « العتبية » .

قال ابن عبدوس : قال ابن القابس : إذا هدم الدار ، فالعرصة والنقص للموصى له .

قال عنه أبو زيد وأصبغ في « العتبية » : إذا أوصى له بعرصة ثم بناها فهما شريكان فيها بقدر قيمة البناء من العرصة ، وقاله أصبغ .

وكذلك لو أوصى له بثوب فصبغه ، أو بسويق فلته كانا فيه شريكين بقدره من قدر الصبغ واللتات .

ومن « المجموعة » - ونحوه في «كتاب محمد» : قال ابن القاسم : ولو أوصى له بغزل ثم حاكه ثوبًا ، أو برداء فقطعه قميصًا ، فهو رجوع . وقاله أشهب .

قال أشهب : ولو أوصى له بقميص ثم قطعه قباء ، أو بجبة فردها قميصًا ، أو ببطانة ثم بطن بها ثوبًا ، أو بظهارة ثم ظهر بها ثوبًا ، أو بقطن ثم حشا به أو غزله، أو بغزل ثم نسجه ، أو بفضة ثم صاغها خاتمًا ، أو بشاة ثم ذبحها ثم مات ، فهذا كله رجوع ، وتبطل الوصية ، لأنه لا يقع عليه الاسم الذى أوصى به فيه .

قال أشهب : وإن أوصى له بعبد أو بثوب ثم باعه ، فإن مات قبل أن يشتريه فقد رجع ولا وصية له .

وإن اشتراه عادت الوصية فيه بحالها إن مات كان للموصى له . وإن أوصى له

بعبد في غير ملكه أن يشترى له ، ثم صار ذلك العبد إلى الموصى بميراث أو صدقة أو هبة ثم مات ، فالوصية فيه نافذة .

ومن « العتبية » : قال أصبغ عن ابن وهب فيمن أوصى لرجل بمزود جديدة ثم لته بسمن أو عسل فليس برجوع ، كما لو أوصى له بعبد ثم علمه الكتاب .

قال أصبغ : ويكون شريكًا فيها بقدرها من قدر اللتات ، وكذلك الثوب يصبغه والقاعة يبنيها .

قال ابن حبيب عن أصبغ في امرأة أعتقت أمتها في مرضها ، فقال له من يجهل: لا يجوز منها إلا الثلث ، قالت : فإذا لا يجوز ، فأعتقوا ثلثها .

قال : هذا رجوع ، فلا يعتق إلا الثلث من الأمة ، لأنها قد صدقت من قال لها ذلك .

وإن قالت : فإن كان لا يجوز ذلك فأعتقوا ثلثها ، فهذه تعتق كلها في الثلث لقولها : فإن كان كأنها قالت : فإن لم يجز ذلك .

فصل

ومن « العتبية » : قال أشهب عن مالك فيمن أوصى لرجل بثيابه ثم باع بعضها واستبدل ثيابًا تشبهها ، أو بمتاع بيته فنكس الصحيفة ، ويذهب الشيء ثم يخلفه ، فذلك للموصى له .

وكذلك من أوصى لأخيه بسلاحه فيذهب سيفه ودرعه فيشترى سيفًا آخر ودرعًا آخر فهو للموصى له ، كما لو أوصى بحائطه فتكسرت منه النخلات ، أو يغرس فيه واديًا ، أو ينبت أو يزرع فيه زرعًا ،فذلك له وهذا الذى أراد الميت .

وأما لو أوصى له بعبد بعيد أو أوصى بعتقه فمات العبد ، وأخلف غيره ، فبخلاف ذلك .

م : لأنه عينه ، وإذا لم يعين وأجمل فما وقع عليه ذلك الاسم من تركته فهو للموصى له .

قال مالك : ولو قال : رقيقى أو ثيابى لفلان ، فمات بعضهم وخلق بعض الثياب ، فأفاد رقيقًا وثيابًا فللموصى له جميع رقيقه وثيابه إن حمل ذلك الثلث .

كما لو أوصى لرجل بسدس ماله ، فله سدس ماله على ما هو به يوم يموت ، وكما لو قال : إذا مت فرقيقى أحرار، فيبيعهم ويبتاع غيرهم ، فالوصية بحالها .

وكذلك لو زاد إليهم غيرهم.

ومن «**كتاب ابن المواز**» : وإذا أوصى في عبد بالعتق أو لفلان ، فمات العبد أو باعه أو وهبه ، ثم اشترى عبدًا غيره ، فإن كان الأول بعينة مسماة، أو قال : هذا ، فلا وصية له في الثاني ، وتكون وصايا الميت في ثلث ما يبقى بعده.

فأما لو قال : عبيدى ، أو رأس ، أو عشرة من رقيقى أو من إبلى لزيد ، فمات بعضهم أو كلهم ، ثم أفاد غيرهم من إبل أو عبيد ، فالوصية ترجع فيما أفاد كما كانت .

محمد : وأما قوله : حائطى لزيد ، فتنكسر منه نخلات ، فغرس مكانهن أو زاد أو زرع ، فذلك له ، لأنه حائطه بعينه باق .

فأما لو ذهب الحائط واشترى آخر ، فلا شيء للموصى إذا عينه أو قصده بعينه .

وإن [ق / ٧٤ / ٩ب] لم يقل : هذا الحائط بعينه ، ولكن وصفه بصفة ثم هلك الحائط أو باعه واستحدث مثله في صفته ، فاختلف فيه ، فابن القاسم يقول : تسقط الوصية ، وروى هو وأشهب ذلك عن مالك في التى قالت : ثوبى الخز لفلانة، فذهب ثوبها وأخلفت مثله ، إنه لا شيء للموصى لها فيه .

وخالف ذلك أشهب فيمن أوصى برقيقه فسماهم ووصف سلاحه وثيابه بصفة ذلك بعينه وجنسه ثم استهلك بعض ذلك واستفاد مثله ثم مات .

قال : فلا يكون ذلك للموصى له إلا أن يوافقه في الاسم ، مثل أن يقول : عبدى نجيح النوبى وقميصى المروى الكذا لزيد ، وسيفى الهندى في السبيل ، أن الوصية تقع في الثاني إذا كان مثل الأول في الاسم والصفة.

قال أشهب : فإن قيل : إنه لو حلف بحريته إن فعل كذا ، فباعه واشترى مثله اسمًا وصفة ، ثم فعل ذلك ، إنه لا يحنث ، قيل له : ذلك يختلف ، لأن الوصية يرجع فيها ولا يرجع في اليمين .

ولو حلف بعتق رقيقه فحنث ، فإنما يلزمه فيمن عنده يوم حلف . وإذا أوصى

برقيقه ثم بدَّلهم ،أو زاد أو نقص ، فإنما للموصى له من يكون عنده يوم مات لا يوم أوصى ، قاله مالك .

وكذلك وصيته في جزء من المال ، ولم يأخذ محمد بقول أشهب حين جعل المبهم والموصوف بالاسم والصفة سواء ، ومسألة مالك في التى أوصت بشوبها الخز ترد هذا .

قال ابن القاسم في الذى أوصى : إن غلامى النوبى أو الصقلى حر ، فباعه ثم ابتاع مثله : فلا يعتق إلا أن يشتريه بعينه ، وقاله أصبغ .

قال محمد : وليس قوله : عبدى أو ثلاثة أعبدى ، كقوله : عبيدى ، لأن قوله : عبدى أو ثلاثة أعبدى تعيين لهم لا يعدوهم العتق .

وقوله : عبيدى ، غير تعيين بالعتق فيمن عنده يوم يموت ، زاد فيهم أو نقص قبل ذلك.

وقال أشهب : إذا أوصى فقال غلامى نجيح الصقلى حر ، فباعه واشترى من اسمه نجيح وهو نوبى ، فلا وصية فيه حتى يوافقه في الاسم والجنس .

ولو قال : غلامى نجيح حر ، ولم يصفه ، واشترى من اسمه مبارك فسماه نجيحًا لعتق .

قال محمد : وقد أخبرتك أنه إنما ينظر إلى المعين فيكون بخلاف المبهم.

ولو قال : غلامى نجيح حر ، فسماه مباركًا لم تزل الوصية عنه ، لأنه عبد بعينه، وقاله أشهب ولو اشترى آخر فسماه باسم الذى غير اسمه ، لم يعتق إلا الأول.

قال أشهب : ولو اشترى في وصيته عبدى حر ، ولم يسمه وليس له غيره ، ثم اشترى غيره ثم مات ، فالاستحسان أن يعتق الأول ، وبه أقول لأنه إياه أراد ، والقياس أن يعتق نصفه بالسهم .

وقال محمد : لا يعتق إلا الأول .

قال أشهب : فلو أن له عبدين فقال : أحدهما حر ، فمات أحدهما واشترى آخر فهما حران .

وقال محمد : لا يعتق عندى ، والصواب عندنا - وهو قول مالك وابن

القاسم -: إن من قال : عبدى حر ،أو عبداي حران ، أو ثلاثة أعبد أحرار ، إنه تعيين لا ينصرف العتق إلى غيرهم ، كمسألة مالك في الثوب الخز ، ورواها أشهب: وأما إن قال : عبدى حر ، وله عبيد فهو كمن أعتق أحد عبيده ، وليس كمن له غيرهم .

م : والصواب من ذلك كله ما ذهب إليه محمد مع موافقته قول مالك وابن القاسم .

فصل

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بجارية فله وصيها ، وليس ذلك برجوع ، وقاله عنه أصبغ وأبو زيد في « العتبية » .

قال عنه أبو زيد : فإن أوقفت الأمة بعد موته خيفة أن يكون حاملاً منه ، فقتلها رجل فقيمتها للسيد الميت ، إذ قد يكون حاملاً منه ، ولا شيء للموصى له في قيمتها ، وذكره عنه ابن عبدوس ، وقال : إن ظن في هذا هي إنما فيها القيمة، والقيمة تدخل في المال ، وتدخل فيها الوصايا لو لم يوص برقبتها ، فلما أوصى بها فالموصى له أحق بقيمتها ، لأن حكمها حكم الأمة حتى يتبين حملها ، وكذلك لعبده كان يطأها فأعتقه سيده ثم أعتقها العبد ، فحكمها حكم الأمة حتى تضع .

وقال أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية » : ولا يطأ المبتلة للعتق أو لرجل في المرض ، وإن كانت من الثلث ، لأنه لو صح نفذ عليه ذلك ، والله أعلم .

فيمن أوصى بمثل نصيب أحد بنيه أو أحد ورثته أو بجزء من ماله ، وجامع القول في الوصايا المبهمات

قال مالك : ومن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته وترك رجالاً ونساء ، فليقسم المال على عدد رؤوسهم ، الذكر والأنثى فيه سواء ، ثم يؤخذ حظ كل واحد منهم فيعطى للموصى له ثم يقسم ما بقى بين ورثته إن كانوا ولده ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

قال ابن القاسم : وإن قال : لفلان مثل نصيب أحد بنيه ، فإن كانوا ثلاثة فله الثلث [ق / ٧٥ / ٩ب] .

قال ابن المواز : أما إذا قال : لفلان مثل نصيب أحد ورثتى ، وهم رجال ونساء

وزوجات وأم ، فقال مالك : ينظر إلى عدد جميع من يرثه ، فإن كانوا عشرة أعطى العشر مما ترك ، وإن كانوا تسعة أعطى التسع ،ثم يقسم ما بقى على فرائض الله تعالى .

قال محمد : وإذا أوصى بمثل نصيب أحد ولده ، نظر إلى حق من يرثه مع الولد من أم أو زوجة أو غيرهما ، فيعزل حتى يعرف حق الولد خاصة ، ثم ينظر إلى عدد الولد ، فإن كانوا ثمانية وكلهم ذكور ، أو ذكور وإناث كان للموصى له ثمن ما يصير للولد خاصة .

وإن كانوا ثلاثة كان له الثلث من ذلك ، وإن كانوا اثنين كان له نصف ما يصير لهما ، وإن كان واحدًا كان له مثل ما يصير له إن حمل ذلك الثلث ، ثم يضم ما بقى إلى ما عزل لمن كان يرث الميت مع الولد فيقسم كل ذلك ثانية على فرائض الله تعالى . وإن كان ولده كلهم إناثًا كان لهن الثلثان ، ثم ينظر إلى عددهن ، فإن كن أربعًا أعطى للموصى له ربع الثلثين ، وإن كن ثلاثًا أعطى ثلث الثلثين ، وإن كن اثنين أعطى نصف الثلثين ، فإن كانت واحدة أعطى مصابها وهو نصف المال إن أجاز ذلك الورثة .

وإن لم يجتزوا كان له ثلث المال ، ثم يضم ما بقى من سائر مال الميت فيقسم على الفرائض على البنات وسائر الورثة من العصبة وغيرهم .

قال أصبغ : وهذا كله قول مالك ومذهبه وقول ابن القاسم وأشهب .

قال ابن عبد الحكم : وهو أصح كمن قول أهل الفرائض .

م : يريد أن أهل الفرائض يقولون : إذا أوصى بمثل نصيب أحد ولده وهم ثلاثة أعطى الموصى له الربع ،وإن كانوا أربعة أعطى الخمس ، يزيدون سهمًا على عددهم، وحجتهم في ذلك أن الموصى إنما أراد أن يعطى الموصى له مثل ما يعطى أحد ولده سواه لا يفضلهم ، وأنت إذا كانوا ثلاثة وأعطيته الثلث فقد فضلته عليهم، وإن أعطيته الربع فقد ساواهم وأعطى مثل ما صار لكل واحد منهم .

فحجة مالك أن الموصي إنما أوصى له بالثلث ، وهو أصوب .

وقال ابن حبيب عن مالك : إذا أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه ، مثل ما تقدم من «كتاب محمد» .

وأما إن قال : فلان وارث مع ولدى ، أو من عدد ولـدى أو ألحقوه بولدى ، أو ألحقوه بميراثى ، أو ورثوه في مالى ، ففى هذا كله إن كان البنون ثلاثة فهو كابن رابع معهم ، وإن كان ولده : ثلاثة ذكور وابنتين والموصى له ذكر ، فهو كرابع للذكور .

وإن كان أنثى فهو ثالث مع الإناث ، فتكون وصية تسع المال .

ومن « العتبية » : قال عيسى عن ابن القاسم : إذا قال : له سهم كسهم ولدى ، وله ولد واحد ، فإما أعطاه جميع المال ، وإلا فالثلث .

وإذا قال : من عدد ولدى ، فـإن كان الموصى له ذكر فله سـهم ذكر ، وإن كان أنثى فله سهم أنثى ، ويخلط مع الولد في العدد .

فإن كان معهم أهل فرائض أخرجت فـرائضهم ثم أخذ الموصى له كما وصفنا مما بقى ،ثم يقسم كل ما بقى بين جميع الورثة .

ولو قال : هو وارث مـع ورثتى ، فلتعد الجـماجم، فـإن كانوا ثلاثة فـهو على رابعهم ، على هذا الحساب .

قال ابن حبيب عن أصبغ فيمن ترك ورثة مختلفين من زوجة وأم وإخوة لعلات، فقال : لفلان سهم مثل سهم أحد ورثتى ، فانظر إلى عددهم فيعطى نصيبًا منه .

ولو قـال : وارث مع ورثتى ، زدته على عددهم ، ثم أخـذ نصيـبًا من جـملة العدد.

ولو قال :مثل سهم أحد ولدى ، وهم ذكور وإناث ، فله سهم من عدد الذكور والإناث ، بخلاف قوله : هو وارث مع ولدى .

محمد : قال أصبغ : وإذا أوصى فقال : لفلان مثل سهم واحد ولدى ، أو مثل جـزئه ، أو كبـعض ولدى ، أو لأحدهم ، فـهو سـواء وهو كوصـية بمثل نصـيب أحدهم.

ومنه ، ومن « العتبية » : قال ابن القاسم : وإن أوصى له بمثل نصيب أحد ولده ولا ولد له وجعل يطلب الولد فمات ولم يولد ، فلا شيء للموصى له .

وقد قال مالك فيمن قال : اكتبوا ما بقي من ثلثي لفلان حتى أنظر لمن أوصى ، فمات ولم يوص فلا شيء لصاحب باقى الثلث .

قال أشهب عن مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب رجل من ولده وهم خمسة، فهلك بعضهم قبل الموصى : فللرجل مثل نصيب أحدهم يوم موت الموصى ولو لم يبق إلا واحد ، فهذا يرجع إلى الثلث إن لم تجز الورثة .

فصل

قال عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بجزء من ماله ، أو سهم من ماله، فلينظر من كم تقوم فريضته ؟

فإن كانت من ستة ، فله السدس ، وإن كانت من اثنى عشر فله نصف السدس وإن كانت من أربعة وعشرين فله سهم منها .

وإن كان ورثته ولده ، فإن ترك ذكرًا وأنثى ، فله الثلث .

وإن ترك ذكرًا أو أنثتين ، فله الربع .

وإن ترك ابنين وابنتين ،فله السدس ، لأن ستة أسهم أدنى ما تقوم منه هذه الفريضة، فإن لم يترك إلا ابنته ، أو من لا يجوز الميراث وليس معه غيره كان له سهم من ثمانية ، لأنه أقل سهم سماه الله تعالى الفرائض .

ومن «كتاب ابن المواز» : قال ابن عبد الحكم : إن أوصى له بجزء من ماله ، أو سهم من سهام [ق / ٧٦ / ٩ب] ماله فقد اختلف فيه ، فقيل : له الثمن لأنه أقل سهم ذكره الله سبحانه في الفرائض .

وقيل : يعطى سهمًا مما تنقسم عليه الفريضة ، قلّت السهام أو كثرت .

وقيل : يعطى سهمًا من سهام فريضته إن كانت تنقسم على ستة فأقل ما لم يجاوز الثلث ، يرد إلى الثلث إن لم تجز الورثة .

وأما إن قسمت على أكثر من ستة فلا ينقص من السدس ، لأن ستة أصل ما يقوم منه الفرائض .

م : وهذا أضعفها .

قال ابن المواز : والذى هو أحب إليَّ وعليه جل أصحاب مالك ، واختاره ابن عبد الحكم أن له سهمًا مما تنقسم ، تنقسم عليه فريضة ، قلّت السهام أو كثرت وقال أشهب : إذا أوصى له بسهم من ماله فله سهم مما تنقسم عليه فريضته كما قال مالك

فيمن أوصى أن يعتق من عبده دينارا ، فلينظر إلى مبلغ قيمته فيعتق منها بدينار ، ويكون جزءًا فيه .

وإن لم يكن للموصى بالسهم إلا ولد واحد، فللموصى له جميع المال إن أجاز ذلك الولد ، وإلا فالثلث ، كمن أوصى لرجل برأس من رقيقه فلم يدع إلا رأسًا واحدًا ، أو ماتوا إلا واحدًا ، فهو له إن حمله الثلث ولم يدع غير بنت أو أخت أو من لا يجوز المال ، ولا معها من يعرف بعينه ولا يعرف عدده ، فإن له الثمن استحسانًا ، وذلك بعد الإياس من معرفة خبره ، ولو زيد على الثمن بقدر ما يرى من حاجته ، رأيته حسنًا لما بلغنى عن على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى عبيدة أنهم أجازوا لمن لا وارث له أن يوصى بماله كله ، وكأنه أنفذ الثلثين فيما ينبغي أن يفعل فيه بعده .

قال أشهب : لأن الثلث له وإن كان ليس بقولنا ، إلا أني قويت به على الاستحسان .

فصل

ومن « **العتبية** » : قال ابن القاسم عن مالك فيمن قال اكتبوا ما بقى من ثلثى لفلان ، فإنى أريد أن أوصى غدًا ، فمات قبل أن يوصى ، فلا شيء لفلان .

قال ابن القاسم : لأنه لا يدرى أن لو أوصى أيبقى له شيء أم لا ؟

وقال أشهب : له الثلث كله .

قال عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بعشرة دنانير ، ثم قال : أنا أريد أن أوصى غدًا ولكن أشهدوا أن ما بقى من ثلثى لفلان ، ثم مات قبل أن يوصى لفلان ، فلا شيء له .

فصل

ومن « **المجموعة** » و « **العتبية** » و«**كتاب محمد**» : قال مالك فيمن أوصى لفلان بمائة دينار ، ولآخر بمائتين ، ثم قال لثالث : ولك مثله ، ولا يدرى أيهما أراد قال لو أعطى نصف ما سمى لكل واحد كان صوابًا ، وإن كانوا ثلاثة أعطى ثلث نصيب كل واحد ، فإن ضاق الثلث حاص بذلك أهل الوصايا .

وإن قال : لفلان وفلان وفلان خمسمائة ، ثم قال : ولفلان مثله ، أعطى ثلث

الخمسمائة. وإن لم يسع الثلث حاصص بذلك .

قال ابن القاسم : وإن قال : لفلان مائة ،لفلان مائتان ، قيل له : ففلان ؟ ، قال : هو شريك معهما .

قال : يجمع الثلاثمائة فيعطى ثلثها ثم يقسم ما بقى على الرجلين على الثلث والثلثين .

قال ابن المواز : وإن كانوا ثلاثة فهو رابع ،وإن كانوا أربعة فهو خامس ، وكذلك عنه في « العتبية » في أول المسألة أن له ثلث الثلاثمائة ويقسم الرجلان المائة على الثلث والثلثين .

وقد قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب : يكون له نصف وصية كل واحد منهما مما أوصى لهما به ، ليس من بقية الثلث .

وقال فيمن أوصى لأربعة بوصايا مختلفة ، لواحد بعشرة ، ولآخر بعشرين ، ولآخر بثلاثين، ولآخر بأربعين ، فكلم في آخر فقال : والله ما بقى شيء ولكنه شريك معهم ، ثم مات .

فقال : يعطى نصف وصية كل واحد مما أوصى لهم به ، ليس من بقية الثلث .

قيل له : فإنه قال : هو شريك معهم بالسوية ؟

قال : يعطى ربع كل وصية ، وإن كانوا خمسة فخمسها .

فصل

ومن «كتاب محمد» و « المجموعة » و « العتبية » : قال ابن القاسم فيمن أوصى لفلان بمائة ولم يسم شيئًا، ولا يدرى ما أراد ، فإن كانت بلده الغالب فيها الدنانير فله الدنانير ، وإن كان الغالب فيها الدراهم فله الدراهم ، وإن كان فيها هذا وهذا فله الدراهم وهي الأقل حتى يوقن أنه أراد الأكثر ، أو يكون لوصيته وجه يستدل به ، مثل أن يقول : لفلان مائة دينار ، ولفلان عشرة ، ولم يذكر ما هي ، فله مائة دينار.

وكذلك إن تقدم ذكر الدراهم ، وإن كانت بلد دنانير إذا كان الكلام بساط يدل

عليه.

فصل

قال محمد : وإذا أوصى بشاة من ماله ، فإن كان له غنم كان شريكًا بواحدة في عددها ، ضأنها وماعزها ، ذكورها وإناثها ، صغارها وكبارها ، فإن هلكت كلها فلا شيء له .

وإن لم يكن له غنم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم إن حمله الثلث ، أو ما يحمل منها .

ولو قال : من غنمي ، فمات وليس له غنم ، فلا شيء له .

فإن لم يترك إلا شاة كبيرة أو صغيرة ، فهي له إن خرجت من ثلثه ، أو ما يخرج منها .

قال أشهب : وإن أوصى له بتيس من غنمه ، فلينظر إلى كل ما يقع عليه اسم تيس وإلى عدد ذلك ، فيكون شريكا بواحدة.

فأما إن قال : شاة من غنمه ، فالتيوس والمعز والضأن ، والصغير والكبير يدخل في العدد .

ولو قال : كبشًا [ق / ٧٧ / ٩ب] لم يدخل في ذلك إلا كبار ذكور الضأن .

وإن قال : نعجة ، لم يدخل إلا كبار إناث الضأن .

ولو قال : بقرة من بقري ، دخل فيه ذكور البقر وإناثها ، يريد لأن ذلك اسم يقع على الجميع عندهم .

وأما ببلدنا فلا يقع ذلك إلا على الإناث .

قال : وإن قال : ثور ، لم يكن إلا في الذكور الكبار .

فإن قال : عجل ، لم يكن إلا في ذكور العجول .

فصل

قال ابن كنانة في « المجموعة » فيمن أوصى أن يتصدق عنه بعشرين دينارًا ، فقيل له : زد فإن لك مالاً كثيرًا ، فقال : يزيد وزيدوا ، فقال : لو زادوا على العشرين مثل ثلثيها لكان حسنًا .

ابن حبيب : قال أصبغ فيمن أوصى بوصـية فكُلِّم أن يزيد ، فقال: زيدوا ، ثم مات ولم يسم ما يزيدون قال : قد قـيل : يزاد مثل ثلث وصيته ، ولا أراه ، ولكن يزاد بقدر المال وقدر الوصية بالاجتهاد من الإمام مع مشورة أهل العلم .

فصل

ومن « **العتـبية** » : قال مـالك فيمن أوصى بثلثـه لثلاثة نفر ، ثم قـال : لفلان عشرة، ولفلان عشـرون ، وسكت عن ذكر الثالث ، فللذى سكت عنه ثلث الثلث، ويعطى لصاحب العشرة عشرة ، ولصاحب الـعشرين عشرون ، ثم يقسم ما بقى من الثلث على العشرة والعشرين بالحصص .

م : ولو قال قائل : يعطى للمـوصى له بعشرة عشرة وللآخـر عشرون ، وباقى الثلث للذى لم يسم له شيئًا، لكان له ، وكأنه قال : ثلثى لهؤلاء الثلاثة ، لفلان منه عشرة ، ولفلان منه عشرون ، فيفهم أن الباقي للثالث ، والله أعلم .

فصل

ومن «كتاب ابن المواز» ، وأراه لأشهب فيمن أوصى فقال : لفلان عشرة دنانير، ولفلان وفلان عشرة .

قال : فللأول سبعة ونصف ، وللثالث سبعة ونصف ، وللأوسط خمسة .

م : فوجه ذلك أن الأوسط يحتمل أن يكون مضافًا إلى الأول ويحتمل أن يكون مضافًا إلى الثاني ، ففى كلا الوجهين لا يـكون له إلا خمسة ، فيعطيه كل واحد من عشرته خمسة خمسة ، لأنه لما قال : للأول عشرة دنانير ، فقد أفرده لها ، ثم قال : ولفلان وفلان عشرة ، فقد أشركهما فيها خاصة ، والله أعلم بما أراد .

قال فـي «كتـاب محـمد» : ولو قال : ثلثى لـفلان أو فلان أو فـلان ، فالورثة مخيرون في دفع الثلث إلى ما شـاؤوا منهم ، أو قسموه بين اثنين ، أو بين الثلاثة ، أو فضلوا بعضهم على بعض ، وإن لم يقبل أحدهم فـيكون ما دفع إليه إلى صاحبيه من شاء الورثة منهمـا ، ولا يرجع ميراثًا إلا أن يعرض جمـيع الثلث على كل واحد منهم فيأباه ، فليرجع ميراثًا .

فصل

ومن كتاب محمد و « **العتبية** » : قال ابن القاسم فيمن أوصى بعتق خيار رقيقه :

فليعتق أعلاهم ثم الذى يليه ويقاربه في الثمن حتى يوعب الثلث .

قال أصبغ : إلا أن يرى أنه أراد الخيار في الدين والصلاح بسبب يدل عليه أو بساط فيحمل على ذلك ، وإلا فأعلاهم ثمنًا .

قال ابن القاسم : فإن وسعهم كلهم الثلث أعتق منهم المرتفعين ، ولا يعتق الوخش منهم ، مثل ثمن خمسة عشر ، هذا إن كانوا متباينين في الثمن ، فيعرف بذلك أنه أراد المرتفعين منهم ، وأما إن تقارب أثمانهم فليبدأ أهل الصلاح منهم .

وإن قال : أعتقوا قدماء رقيقى ، عتق الأول فالأول حتى ينفذ الثلث ، فإن وسعهم الثلث كلهم نظر إلى ذلك ، نظر أنه أراده في قدم الكسب وحدوثه ، فيبدأ بالقدماء ولا شيء للمحدثين .

وإن اشتراهم جملة واحدة عتق ثلثهم بالسهم .

قال أصبغ : قال ابن القاسم في « العتبية » في الذى قال : أعتقوا قدماء رقيقى ، وله عبيد منذ عشر سنين ، ومنذ خمس سنين ، ومنذ سنة ، فإن حملهم الثلث عتقوا كلهم .

وإن لم يحملهم الثلث تحاصوا وعتق منهم محمل الثلث .

وإن كان له عبيد منذ أقل من سنة فليسوا قدماء .

قال سحنون : ومن أوصى بعتق بعض عبيده ، ومن قال : بعض رقيقى أحرار، أو قال : حر ، فأما قوله : حر ، فهو واحد من اثنين فأكثر .

وأما قوله : أحرار فهم اثنان من ثلاثة فأكثر .

فصل

قال ابن القاسم في « العتبية » : فيمن له ثلاثة أفراس ، أو ثلاثة أعبد ، فأوصى لرجل بفرس منها أو عبد ولم يعينه ، وقال : خيروا فلانًا بين الباقين فيأخذ ما شاء ، والثلث لفلان ، فليعط الأول ثلثها ، يريد يعطى وسطًا منها يكون قيمته ثلثها .

قال أصبغ : يجمع له ثلث قيمة كل في فرس منها بالسهم ، فإن زادت القيمة عليه أتم له من غيره ما بقى له ، ثم يخير صاحب الخيار في خير ما بقى حتى يكمل له فرسًا إن كان فيها كسر من فرس ، ثم يكون للآخر ما بقى جبيرًا كان أو كسيرًا ،

ومثله في « المجموعة » عن ابن القاسم .

وقال فيها أشهب في «كتاب محمد» : يعطى لصاحب الفرس المبهم ثلث قيمتهم، يأخذه بالسهم . فإن حاز أقل من فرس فليس له غيره ، ويخير المخير في الباقين فيأخذ أحدهما الآخر الباقي ، ويأخذ الورثة ما فضل من الفرس الأول .

فإن وقع سهم صاحب الفرس المبهم في اثنين أخذ ذلك ، وأخذ ذو الخيار الفرس الثالث ، كما لو وقع سهم الأول في واحد ومات واحد لكان [ق/ ٧٨ / ٩ب] لذى الخيار الثالث .

فإن وقع للأول فرس ونصف أخذ ذو الخيار الفرس الباقى ، وأخذ الثالث النصف.

محمد : وإن قال المخير : نأخذ نصف هذا ونصف الثالث .

فقال أصبغ : ذلك له ولم يعجبنى .

م : والقياس .

قال أشهب : وأنا أستحسن إذا ما اختلفت قيمتهم ، وكان أوسطهم ثلث قيمتهم أن يعطى صاحب المبهم بلا سهم ، ويخير المخير في الباقين، ويدفع الباقى للثالث كذلك ، أراد الميت أن يأخذ كل واحد منهم فرسًا. وإن اختلفت قيمتهم ولم يكن أحدهم ثلث قيمتهم ، فكما قال أشهب .

قال ابن القاسم في جميع هذه الكتب : فإن سمى للأول فرسًا بعينه ، فله ثلث كل فرس لم يأخذ المجير ثلثى المرتفع وثلث الوسط ، ويأخذ الآخر ثلثى الدنى وثلث الوسط ، وقاله سحنون .

محمد : ولو قال : لفلان خيرها ، ولفلان وسطها ، ولفلان أدناها ، فهلك أحدها ولم يعلم ما هو خيرها أو الوسط أو الدون ،فللموصى له بخيرها ثلثا المرتفع من الباقين وللموصى له بالأدنى ثلثا أدناها ولصاحب الوسط ثلث كل واحد .

فصل

ومن «كتاب محمد» و « المجموعة » و « العتبية » : روى أشهب عن مالك في التى أوصت بجميع ما في بيتها لمولاتها ، أو قالت ما في بيتى لها ، فقالت المولاة :

نأخذ ثياب ظهرها .

وقالت الورثة : لم ترد الثياب .

فقال مالك : من يرثها ؟

فقيل : كلالة .

قال : وكم ثيابها ؟ قيل : أمر يسير .

قال : إذا لم تكن ثيابها الثياب الرفيعة التى يظن بها عن مثلها ، ولم تقل : متاع بيتى ، إنما قالت : ما في بيتى رأيت ذلك لها .

وأما أرادت إلا أن يكون ثيابها لمولاتها وما ثيابها من متاع البيت ولكنها تورث كلالة ، وكأنها أرادت أن تكافئ مولاتها بثيابها .

قيل : فالتى ماتت فيما تدخل في ذلك .

قال : نعم .

قيل : فما كان لها من الثياب مرهونة ؟

قال : إنما قالت : ما في بيتى ، فأما أن تكون بها ثياب عند أختها أو مرهونة فلا .

فصل

ومن هذه الكتب قال ابن القاسم فيمن قال : ادفعوا هذا الخيش ، أو المسح الشعر فلان ، فوجد مملوء طعامًا ، فليأخذ بطعامه .

ولو قال : اعطوه الخريطة الحمراء ، وهي مملوءة دنانير ، فله الخريطة بما فيها .

وكذلك إن قال : أعطوه زق كذا ، فوجد مملوء عسلاً، فهو له بما فيه من عسل.

وإن كان مملوأ دراهم لم يأخذه إلا فارغًا .

قال ابن القاسم في «كتاب التفليس» : إلا أن يكون عرف أن فيه دراهم فهو له بما فيه .

قال ابن القاسم : وإن تصدق بثلث داره في مرضه وفيها طوب وخشب أعده للبناء ، وطلب المعطى ثلث ذلك ومنعه الورثة .

قال : لا شيء له في الطوب والخشب .

وروى عنه أبو زيد فيمن أوصى بثلثه في السبيل إلا العراص ، وفي العراص خشب وطوب ملقى أعده للبناء بها ، فإن كان شيئًا نقضه منها فلا يباع منه شيء .

وإن كان إنما جاء به لبنائها ، فذلك يباع ويخرج ثلثه .

فيمن أوصى لولد ولده أو لأخواله أو أولادهم أو لمواليه أو لولد فلان أو لبنى فلان أو لقبيلة كذا أو لقرابته أو لجيرانه وجميع ما يشبهه

قال مالك : ومن أوصى لولد ولده بثلثه ، فذلك جائز إذا كانوا غير ورثة .

قلت : فإن مات بعضهم وولد غيرهم بعد موت الموصى قبل قسمة المال ؟

قال : فذلك لمن حضر القسم .

وقد قال مالك فيمن أوصى لأخواله وأولادهم ، أو لمواليه بثلثه فمات منهم بعد موته نفر وولد لآخرين منهم ، وذلك قبل قسمة المال : فإنما يكون الثلث لمن أدرك القسم منهم ، فكذلك مسألتك .

قال ابن القاسم : وإن قال : ثلثى لهؤلاء النفر ، وهم عشرة فمات أحدهم بعد موت الموصى قبل قسمة المال ، فنصيب هذا الميت لورثته ، وهذا خلاف الأول ، لأن الأول إنما قال : لولد ولدى ، أو لأخوالى وأولادهم ، أو لبنى عمى ، أو لبنى فلان، فهذا لم يسم قومًا بأعيانهم ، فإنما ذلك لمن حضر القسم ، وإذا ذكر قومًا بأعيانهم فمات بعضهم بعد موت الموصى ورث نصيبه وارثوه .

قلت : فإن قال : ثلث مالى لولد فلان ، وهم عشرة ذكورًا وإناث ؟

قال : الذى سمعت من مالك أنه إذا أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد رجل ، أو على ولد ولده ، أو على بنى فلان ، بأنه يؤثر أهل الحاجة منهم في السكنى والغلة .

قال ابن القاسم : وأما الوصايا فإنى أراها بينهم بالسوية .

قال سحنون : وهذه المسألة أحسن من المسألة التى قال فيمن أوصى لأخواله وأولادهم .

وقد روى ابن وهب في الأخوال مثل رواية ابن القاسم ، إلا أن قول عبد الرحمن في هذه المسألة أحسن وكذلك يقول غيره ، وليس وصيته لأخواله بشيء ناجز يقتسمونه بينهم ، كوصية لهم بغلة موقوفة محبسة عليهم ، لأن الحبس إنما قسمته إذا حضرت الغلة كل عام ، وإنما أريد بذلك مجهول من يأتى.

فأما وصيته لأخواله أو ولد فلان بشيء ناجز يقسم مكانه وهم معروفون لغلتهم، وأنه يحاط بهم ، فكالوصية لقوم مسمين بأعيانهم .

وإذا كانت الوصية لقوم مجهولين لا يعرف لكثرتهم ، مثل قوله : لبنى تميم ، أو لبنى زهرة ، أو للمساكين ، فهذا لم يرد قومًا بأعيانهم [ق /٧٩ / ٩ب] لأن ذلك لا يحصى ولا يعرف .وإنما يكون ذلك لمن حضر القسم .

م : ألزم سحنون ابن القاسم التناقض بقوله : وأما الوصايا فإنها تقسم عليهم بالسواء ، وليس ذلك تناقضًا ولا خلاف لما تقدم ، وإنما تكلم في هذه المسألة على الفرق بين الحبس والوصايا ، فقال : الحبس يؤثر فيه أهل الحاجة ، ذلك سنته ، والوصايا يساوى بينهم فيها إذا حضرت القسمة،لأنهم استووا في الوصية، وهو شيء ناجز يقسم بينهم،ولم يتكلم في هذه المسألة،هل يحرم من مات ويعطى لمن ولد؟

ومذهب ابن القاسم جيد مع موافقته لمالك ، وذلك أن قوله : ثلثى لولد فلان ، ليس بتعيين للولد ، فما وقع عليه ذلك الاسم يوم القسم فله الوصية ، كقوله : رقيقى أحرار ،أو عبيدى أحرار ، فمات بعضهم واشترى غيرهم ، أن جميع من ترك من العبيد أحرار إذا حملهم الثلث ، لأنه لم يعين ، فراعيت قول الموصى يوم موته ، فما وقع عليه اسم عبد له أعتقه .

وكذلك ما وقع عليه اسم ولد أو خال يوم القسم فله الوصية . وأما إذا عين فلا تعدوا الوصية المعين .

والتعيين كقوله : ثلثى لولد فلان هؤلاء ، أن يسمهم بأسمائهم أو يكون لفلان ولدان أو ثلاثة فيقول : ثلثى لولدى فلان ، أو للثلاثة أولاد فلان ، فإذا سمى ، أو أشار إليهم ، أو قصد قصداً يعلم أنه أراد التعيين ، فلا تعدوهم الوصية إلى غيرهم. وكذلك العتق .

وقد روى أشهب عن مالك في « العتبية » في امرأة أوصت في مرضها لولد فلانة لكل واحد بعشرة دنانير ، فولد لها قبل موتها ولد ، ومات لها ولد آخر : فلا شيء لمن مات ، وأما من ولد فيعطى مع من يعطى .

وكذلك في «كتاب ابن المواز» ، وقال: أوصيت لهم ، وهى تعرف عددهم .

قال : وقال أشهب : إذا أوصى بثلثه لبنى فلان وهم أربعة يعرف عددهم أو لا يعرف ، فمات بعضهم قبل موت الموصى ، وولد آخرون ، فالثلث لمن بقى ولمن ولد، ولا شيء لمن مات .

ولو سماهم لم يكن للولد شيء وترد حصة الميت منهم إلى ورثة الموصى ، يريد: لأنه مات قبل موت الموصى .

قال ابن المواز : وكل من أوصى لقوم بأعيانهم فعمدهم وعلم أنه قصدهم بأعيانهم ولم يكن حبسًا ، فليقسم بينهم بالسوية ولا يحرم من ولد بعد موت الموصى، ولا شيء لمن مات ، وهذا قول مالك الذى عليه أصحابه أجمع .

ومن « المجموعة » ذكر رواة ابن القاسم في الموصى لولد فلان أو لولد ولده ، أو لمواليه : إن ذلك لمن حضر القسمة ، لا يحرم من ولد ، ولا شيء لمن مات ، وكذلك لأخواله وأولادهم.

قال : وقال أشهب : إذا أوصى لولد ولد رجل ، أو لمواليه وهم عشرة معروفون، فمن مات منهم قبل القسم فنصيبه لورثته ولا شيء لمن ولد ، بخلاف من أوصى للمساكين أو لابن السبيل أو الأرامل أو بنى تميم ، وقال مثله عبد الملك .

وقال : إذا كانوا معروفين فيحمل أمره على أنه أراد أعيانهم ، وقاله سحنون .

وهذا مثل ما تقدم لسحنون في « المدونة » ، وهو خلاف لما قدمناه لمالك وابن القاسم .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن قال : ثلث مالى لموالى فلان ، فمات بعضهم وأعتق فلان آخرين قبل أن يقسم المال ، فذلك لمن حضر القسم ، كالوصية لولد الولد .

وإن أوصى بثلثه لبنى تميم أو قيس جازت وصيته وقسمت على الاجتهاد ، لأنا نعلم أنه لم يرد أن يعم قيسًا كلهم ، ولا شيء فيها للموالى .

ولقد نزلت أن رجلاً أوصى لخولان بوصية ، فأجازها مالك ولم ير فيها للموالى

شيئًا .

محمد : قيل لأشهب فيمن أوصى لقبيلة : أيعطى لمواليهم مع غريبهم إن كانوا محاويج ؟

قال : أما قوله : لتميم فيعم ، وأما قوله : لبنى تميم فلا ، لأن قوله : لبنى : أنهم أنفسهم .

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون : ذلك سواء ويدخل فيه الموالى ، وأعاب قول أشهب .

وقال : قد تكون قبائل لا يحسن أن يقال فيها : بنى فلان ، منها قيس وربيعة ومزينة وجهينة وغيرهم ، لا يقال فيها بنى ، والأمر فيهم واحد حتى يقول : الصلبية دون الموالى ، أو الموالى دون الصلبية .

قال أشهب : إذا أوصى بثلثه لفخذ أو لقبيلة أو لبطن ، يحصون أم لا ، يعرفون أم لا ، أو قال : لبنى فلان ، فالثلث بينهم على قدر الحاجة ، والذكور والإناث بقدر حاجتهم لا على عددهم .

قال ابن القاسم في « العتبية » : إذا قال : ثلثى لولد عبد الله بن وهب ، فذلك لذكور ولده دون الإناث .

وأما إن قال : لبنى فلان ، فيدخل فيه الذكور والإناث .

محمد : قال ابن القاسم : إذا قال : ثلثى لولد فلان ، وهم عشرة ذكور وإناث، فذلك بين ذكورهم وإناثهم بالسوية .

قال أشهب : بل على قدر الحاجة ، وذلك استحسان .

فإذا قال : لبنى فلان ، وحبس أو وصية ، فإذا هن بنات لا ذكور فيهن ، فذلك بينهن . وكذلك إن كان معهن بنون فماتوا ، أو بقى البنات ، فذلك بهن .

محمد : وقاله كله ابن القاسم وأشهب .

قال ابن القاسم : لأن من كلام العرب أن يكون النساء بنى ، والمرأة من بنى زهرة، ومن بنى كنانة .

محمد : ولو قال : لبنات فلان ، لم يدخل معهن البنون على كل حال ، ولكن

إن كان لبعض بنيه بنات ، فذلك لبنات ابنه دون أبيهن .

وإن كان له بنات وبنات ابن دخلت مع عماتها كما يدخل ولد الولد مع الولد في هذا ، بخلاف ابن الوارث .

فصل [ق / ٨٠ / ٩ب]

ومن « المدونة » : ومن أوصى بثلثه لموالى فلان ، وله موالى أنعموا عليه ، وموالى أنعم هو عليهم ، كان لمواليه الأسفلين دون الأعلين .

وقال أشهب في «كتاب محمد» : ينظر في ذلك ، فإن لم يتيقن أنه أراد أحد الفريقين بنسب أو بوجه من الوصية ، كانت الوصية بين الفريقين جميعًا شطرين وإن كان أحد الفريقين أكثر عددًا ، لأنه لم يشركهما جميعًا في وصية ، وإنما وقعت الوصية لأحد الفريقين وحدها .

قال : ولو كان أحد الفريقين ثلاثة ، والآخر واحدًا ، كانت الوصية لثلاثة ولا شيء للواحد ، كان من أسفل أو من فوق ، لأن الواحد لا يقع عليه اسم موالى .

قال : ولو كان مواليه من فوق اثنين أو واحدًا ، ومواليه من أسفل أو واحدًا أو اثنين ، لم يكن في أحد الفريقين موالى حتى يجمعهم ، فأرى الثلث بينهم على قدر عددهم ، ونحوه .

عن ابن الماجشون في « المجموعة » : ومن الكتابين : قال مالك : فيمن أوصى بصدقة على مواليه ، وله موال من قبل أبيه ، وموال من قبل أمه ، وموال من قبل قرابة له يوارثونه ، فليبدأ بالأقرب فالأقرب دنية ، ويعطى الآخرون منه إن كان في المال سعة ، إلا أن يكون في الأباعد من هو أحوج من الأقارب فيورثون عليه ، ويبدأ أهل الحاجة أباعد أو غيرهم .

وما في ذلك أمر بيِّن غير ما يستدل عليه من كلامه ، ويرى أنه أراده .

قال محمد : كل مولى له يوم مات كان هو أعتقهم ، أورث ذلك من عصبة قريبة أو بعيدة ، فهو مواليه ، والوصية لهم كلهم ، إلا أنه يؤثر أهل الحاجة حيث كانوا ، أو يقسم بينهم على قدر حاجتهم .

قال مالك : ويدخل أمهات الأولاد الذين يعتقون بعد موته مع مواليه .

قال ابن القاسم : وكذلك مدبروه إذا خرجوا من الثلث وفضلت منه فضلة .

قال عن مالك : وكذا الموصى بعتقه ، يعتق في ذلك الثلث ، يدخل في ذلك ، لأنه من الموالى . وأما العتق إلى أجل والمكاتب ، فإن نفذ عتقهم بأداء الكتابة ، وبلوغ أجل المؤجل قبل القسم ، دخلوا في الوصية .

وإن سبقهم القسم فلا شيء لهم .

وقال في « العتبية » : يدخل المعتق إلى أجل والمكاتب مع الموالى ، فيقسم بينهم بالسواء فما صار للمكاتب والمعتق إلى أجل أوقف لهما ، فإن أدى المكاتب وعتق المؤجل أخذاه . وإن عجز المكاتب ، أو مات المعتق دون الأجل ، رجع حقهم إلى بقية الموالى .

وقال عبد الملك : أما إذا لم يحل أجل المؤجل فلا يدخل ، إلا أن يكون الوصية شيء يغتل في كل إبان - كالثمرة وشبهها - فليأخذوا منه فيما وافق عتقهم وفيما بعده ، لا فيما قبل ذلك ، لأنهم حينئذ عبيده .

وذكر مثله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون .

قال ابن عبدوس : قال علي عن مالك في قوله : على موالى ، إنه يدخل فيه موالى الموالى .

وقال ابن الماجشون : إن قال : على موالى عتاقة ، فهو لمن أعتق خاصة ، لا موالى مواليه ، ولا موالى أبيه أو وحده ، ولا أولاد من أعتقه الموصى .

وإن قال : لموالى ، وهم ممن يحاط بهم لقلتهم ، فكذلك أيضًا .

وإن كانوا كثيراً متفرقين مجهولين ولم يقل : عتاقة ، دخل فيه موالى الموالى وأبناؤهم ، وموالى أبيه وابنه وأخيه .

قال علي عن مالك : وإن أوصت امرأة لمواليها ولم يقل : عتاقة ، ولا أرى أنها أرادت شيئًا بعينه ، فيعلم أنها أرادت من أعتقت وولد من أعتقت ، كمن قال : أصل هذا على ولدى ، ولا ولد له ، فلما أراد من يحدث له ، ويكون حبسًا ، لأنه أراد مجهول من يأتى .

ولو كان له أولاد يوم أوصى كان ذلك لهم مالاً يفعلون به ما شاؤوا ، ولا ينتظر

به عقب ولا نسب .

ومن «كتاب محمد» و « **العتبية** » : وإذا قال : ثلثي لموالى ،وله أنصاف موالى ، فليعط كل نصف منهم نصف ما يعطى الموالى التام ، إن جعل للتام لكل واحد عشرة عشرة ، فهؤلاء خمسة خمسة .

فصل

ومن «كتاب محمد» و « **المجموعة** » : قال مالك فيمن أوصى لأقاربه فليقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد .

محمد : قال مالك : ولا يدخل في ذلك ولد البنات ، وقاله في « العتبية » .

قال عيسى : وينظر فيه على قدر ما يرى وينزل عليه ، فربما لم يدع غير ولد البنات وولد الخالات .

م : يريد فيعطوه حينئذ .

قال ابن القاسم : ولا يدخل الخال ، ولا الخالة ،ولا قرابته من الأم ، إلا أن تكون له قرابة من قبل الأب .

قال ابن عبدوس عن ابن كنانة في الموصى لقرابته وله أعمام وعمات وأخوال وخالات وابن أخ وبنات أخوات : فليقسم ذلك الإمام بينهم على الاجتهاد على قدر حاجتهم ، والإخوة والأعمام وبنوهم هم الأقرب ، ولا قطع حظ العمات والخالات وبنات الإخوة من ذلك .

م : وعلى هذا القول يدخل فيه ولد البنات .

وقال أشهب فيه وفي «كتاب محمد» ، في الموصى لقرابته ، أو قال : ذوى رحمى: فهو سواء ، ويدخل في ذلك كل ذى رحم منه من الرجال والنساء ، محرم أو غير محرم ، ولا يفضلوا بالقرب ، وأسعدهم به أحوجهم ، ولا يدخل فيه قرابته الوارثون استحسانًا ، وكأنه أراد غير الوارث ، كالموصى للفقراء ، كما يعطى العامل الفقير على الزكاة سهمين .

قال عنه محمد : ويدخل فيه قرابته المسلمون والنصارى ، ويؤثر الأحوج .

قال ابن القاسم في « العتبية » و«كتاب محمد» فيمن أوصى بثلثه للأقرب

فالأقرب: فليفضل الأقرب فالأقرب ما لم يكونوا [ق/ ٨١ / ٩ب] ورثة ، فإنه لم يرد بوصيته ورثته ، والأخ أقرب من الجد ، ثم الجد ، ثم العم ، فيعطى الأخ أكثر وإن كان أيسرهم ، ثم الجد ، ثم العم على نحو هذا .

وإن كان له ثلاثة إخوة مفرقين ، فالشقيق أولاً ، ثم الذى للأب ، وإن كان الأقرب أيسر .

قال ابن كنانة في الموصى لأقاربه وسماها صدقة : فلا يعطى إلا الفقراء خاصة.

فإن لم يقل : صدقة ، فأغنياء قرابته وفقرائهم سواء ، إلا أن يريد الفقراء .

ومن «كتاب ابن حبيب» : قال مطرف وابن الماجشون : إذا أوصى لقرابته ، أو لذى رحمه ، أو لأهله ، أو لأهل بيته ، فإن قولنا - وهو قول مالك وأصحابه : إنه تدخل في ذلك جميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه ، والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات وبنوهم الذكور والإناث وبنات البنات ومن أشبههن من القرابات .

وذكر لي أصبغ عن ابن القاسم أنه قال : ليس لقرابته أو لذوى رحمه من قبل أمه من ذلك شيء مع قرابته من قبل أبيه ، ولا لولد البنات إلا أن يكون لهن قرابة من قبل الأب ، فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ، لأنه يرى أنه إياهم أراد ، أو يكون له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثنين، وبقول مطرف وابن الماجشون أقول، ولكن يؤثر الأقرب فالأقرب على قدر القرباء والحاجة ، ولكلهم فيها حق .

فصل

ومن « المجموعة » : قال عبد الملك فيمن أوصى لجيرانه : فحد الجوار الذى لا شك فيه ، ما كان يواجهه ويلصق بمنزله من ورائه وجنياته .

فأما إن تباعد ما بين العدوتين حتى يكون بينهما السوق المتسع فليس كذلك ، إنما الجوار ما دنا من العدوتين ، وقد يكون دار عظماء ذات مساكن كدار معاوية ، وكثير ابن الصلت ، فإذا أوصى بعض أهلها بجيرانه اقتصر له على أهل الدار .

قال : فإن سكن ربها هذا الدار وهو الموصى ، فإن أشغل أكثرها وقد أسكن معه غيره ، فالوصية لمن كان خارجًا عنها ، لا لمن فيها وإن كان إنما سكن أقلها فهو كالمكترى ، فالوصية لمن في الدار خاصة .

ولو أشغلها كلها بالكراء ثم أوصى لجيرانه ،فالوصية للخارجين منها من جيرانه.

وقال مثله كله سحنون في «كتاب ابنه» .

قال عبد الملك : وجوار البادية أوسع من هذا وأشد براحًا ، ورُبَّ جار وهو على أميال إذا لم يكن دونه جيران ، إذا جمعـهم الماء في المورد والمسرح للماشية ، وبقدر ما ينزل ويجتهد في ذلك .

قال ابن سحنون عن أبيه : كل قـرية صغيـرة ليس لها اتصال فـي البناء والكبر والحارات فهم جيران .

وإن كانت كبيرة كثيرة البنيان كقلشانة ، فهى كالمدينة في الجوار .

قال عبد الملك : وإذا أوصى لجيران ، فإنما يعطى الجـار الذى له المسكن وزوجته وولده الكبيـر البائن عنه بنفقـته ، ولا يعطى الصغـير ولا ابنته البكر ولا خـدمه ولا ضيف ينزل به ، إلا أن ينصبهم .

وأما الجار المملوك ، فإن كان يسكن بيتًـا على حدة ، فليعطى ، كان سيده جارًا أو لم يكن .

وقال ابن سحنون عن أبيه : يعطى ولده الأصـاغر وأبكار بناته ، ويدخلون في الاجتهاد إن شاء الله .

فيمن أوصى لولد رجل ولا ولد له ، أو لفقراء بنى فلان وهم أغنياء ، أو لمن قد مات وموت الموصى له قبل موت الموصى

قال ابن القاسم : ومن قال : ثلثي لولد فـلان ، وقد علم أنه لا ولد له ، جاز وينتظر أيولد له أم لا ، ويساوى فيه بين الذكر والأنثى .

وإن لم يعلم أنه لا ولد له ، فالوصية باطلة ، لأن مـالكًا قال فيمن أوصى بثلثه لرجل : فإذا الرجل قـد مات قبل الوصـية ، فإن كـان قد علم بموته نفذت الوصـية لورثة الموصى له ، وقضي بها دينه .

وإن كان لم يعلم بموته ، فـلا وصية له ، ولا لورثتـه ، ولا لأهل دينه ، فأرى مسألتك مثل هذا .

محـمد : قال أشـهب : إذا مات الموصى ولا ولد للمـوصى لولده ، فالوصـية

باطلة، علم الموصى بأنه لا ولد له أو لم يعلم ، وإن ولد له بعد ذلك ، إلا أن يكون كان له حمل يوم مات الموصى .

ومن « **العتبية** » : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لبنى فلان ، فلم يوجد لفلان ولد ، فإنه يرجع ميراثًا .

قال عنه أبو زيد : وإذا أوصى لفقراء بنى عمه ، فوجدوا أغنياء كلهم ، فليوقف عليهم ، فمن افتقر منهم دفع إليه .

وإن لم يفتقر منهم أحد رجعت الوصية ميراثًا لورثة الموصى .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن قال : ثلث مالى لفلان وفلان ، وأحدهما غنى والآخر فقير ، فالثلث بينهما نصفين .

قال مالك : فإن مات بعد موت الموصى ورث نصيبه ورثته . وإن مات قبله فللباقى نصف الثلث ، ولا شيء لورثة الآخر ، ويرجع نصيبه إلى ورثة الموصى .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : من أوصى لثلاثة نفر بعشرة عشرة ، وثلثه عشرة، فرد أحدهم وصيته فليحاص الورثة بوصية الراد أهل الوصايا فيأخذون وصيته فيقتسمونها مع ميراثهم ، ويكون للباقين ثلثا الثلث .

قال غيره : إذا رد واحد منهم رجع ما كان له للميت ، وكان للورثة محاصة الباقين ، لأن الورثة دخلوا مدخل الدار ، وقد كان الدار لو لم يرد لحاصهم ، فلما رد دخل الورثة مدخله .

قال سحون : وهذا قول الرواة ، لا أعلم بينهم فيه خلافًا .

م : يريد أنه رد الوصية بعد موت الموصى .

فأما لو رد قبل موت الموصى لكانت مثل موت الموصى له قبل موت الموصى ، ويدخلها اختلاف قول مالك ، وكذلك في «كتاب ابن المواز» .

قال فيه : إذا أوصى لرجلين بعشرة عشرة [ق / ٨٢ / ٩ب] وثلثه عشرة ، فرد أحدهما في حياته ، فإن علم بذلك فللآخر عشرة كاملة .

وإن لم يعلم فله خمسة ، وتورث خمسة .

قال أبو محمد : وهذه في « المدونة » وقد اختلف فيها قول مالك ، فشبه رده قبل موت الموصى بموته قبل موت الموصى ، فاعرفه فإنها جيدة .

قال مالك : وإذا مات الموصى له بعد موت الموصى ، فالوصية لورثة الموصى له، علم بها أم لا .

وإن مات قبل موت الموصى بطلت وصيته ، علم الموصى بموته أم لا .

قال مالك : ويحاص بها ورثة الموصى أهل الوصايا في ضيق الثلث ، ثم تورث تلك الحصة .

وقد قال مالك أيضًا : إذا علم الموصى بموت الموصى له بطلت الوصية ، ولا يحاص بها أهل الوصايا .

قال سحنون : وعلى هذا القول الرواة .

وقال ابن نافع : لأنه إذا علم بموته فكأنه أقر وصيته لمن بقى من أهل الوصايا ، وقاله ابن المواز .

قال سحنون : وإنما يحاص الورثة أهل الوصايا بوصية الموصى له إذا مات قبل الموصى ، والموصى لا يعلم ، لأن الموصى مات والأمر عنده أن وصيته لمن أوصى له جائزة ، فلما بطلت بموت الموصى له رجع ما كان له إلى مال الميت ودخل الورثة مدخله ، فحاصوا أهل الوصايا بوصيته ، لأنه هو كذلك كان يحاصهم بوصيته .

قال مالك : ومن قال : ثلث مالى لفلان وفلان ، فمات أحدهما بعد موت الموصى ، ورث نصيبه ورثته .

وإن مات قبله ، فللباقى نصف الثلث ، ولا شيء لورثة الآخر ، ويدفع نصيبه إلى ورثة الموصى .

م : وإن أوصى لفلان بعشرة ولفلان بعشرة ، والثلث عشرة ، فمات أحدهما قبل موت الموصى ، وكان مالك يقول أول زمانه : إن علم الموصى بموته ، فالعشرة للباقى منها ، فكأنه أقر وصيته .

وإن لم يعلم تحاص الورثة بها هذا الباقى ، فيكون لهذا الباقى خمسة ، وترجع الخمسة التى وقعت للميت لورثة الموصى .

قال سحنون : وهذه الرواية التى عليها الناس .

ثم قال مالك : تكون العشرة للباقى ، علم الموصى بموت الآخر أم لا .

م : وقد تقدم لابن نافع وسحنون وجه قول مالك وتفرقته بين العلم بموت الموصى له أم لا ، فلأن الوصية لما بطلت بموت الموصى له ، فكأن الميت لم يوص بها، فوجب أن لا يحاص بها ، كما لو أوصى لرجل بعبد ولآخرين بوصايا ، فمات العبد ، أن للموصى لهم ثلث ما بقى ، ولا يحاصون بقيمة العبد ، لأنه لما مات بطلت الوصية به وكأن الموصى لم يوص إلا بما بقى من الوصايا ، فكذلك هذا .

ووجه قوله : يحاصص الورثة في الوجهين ، فلأن الموصى لما عال ثلاثة علم أن الخيار في إجازة الزائد للورثة ، وأنهم لم يجيزوا ، فإنما يحصل لهذا الباقى خمسة ، فكأنه إنما أوصى له بخمسة ، وخمسة أخرى إن أجازها له الورثة .

وكذلك إن أوصى للذى مات ، والذى مات قد بطلت وصيته بموته قبل موت الموصى ، وبقى الآخر على أصل ما أوصى له به ، إن أجاز له الورثة العشرة أخذها، وإلا أخذ خمسة ، ولأن الورثة يقولون له : إنما كان تصح لك خمسة لو لم يمت هذا، فليس موته يوجب لك شيئًا لم يكن لك قبل ذلك ، ولأن بموت الموصى له بطلت وصيته وصار ما كان للوَرثة فحلوا محله في أخذ الوصية وفى الحصاص بها ، كما لو مات بعد موت الموصى فحل ورثته محله ، لانتقال الوصية لهم وبأنه الموصى له.

قال ابن القاسم : وبهذا آخذ.

وقد ذكر ابن دينار أن قوله : هذا الآخر ، هو الذى يعرفه من قوله قديمًا .

قال ابن القاسم : وكذلك قوله : ثلث مالى لفلان ، وثلث مالى لفلان ، فيموت أحدهما ، على اختلاف القول في صاحبى العشرتين سواء ، فإن الميت منها صاحب الثلث ، كان للباقى منها ثلثا الثلث في قول مالك الآخر وحاص الورثة ، علم الموصى بموت الآخر ، أو لم يعلم .

قال ابن القاسم : وبه أقول .

وفي قول مالك الأول يختلف إن علم أو لم يعلم بحال ، كما وصفنا .

وفي قوله الأوسط يكون للباقى في جميع الثلث .

فقس على هذا جميع ما يرد عليك .

فيمن أذن له ورثته في مرضه أو صحته أن يوصى بأكثر من ثلثه ، أو يوصى لبعض ورثته والمديان مجيز وصية أبيه

قال مالك : وإذا أوصى المريض بأكثر من ثلثه ، أو استأذن ورثته في مرضه في إجازة ذلك ، فأذنوا ثم رجعوا بعد موته ، فمن كان عنه بائنًا من ولد أو أخ أو ابن عم وليس ممن في عياله فليس لهم أن يرجعوا .

وأما امرأته وبناته اللاتى لم يَبِنَّ منه وكل ابن في عياله وإن كان قد احتلم وعصبته الذين يحتاجون إليه ويخافون إن منعوه وصحَّ أضر بهم في منع رفده ، فهؤلاء أن يرجعوا ، إذ أرى أن إجازتهم ذلك خوف مما وصفنا .

قال ابن القاسم : إلا أن يجيزوا وصيته بعد موته ، فلا يكون لهم أن يرجعوا ، ويجوز ذلك عليهم إذا كانت حالهم مرضية ، ولا يجوز إذن البكر ولا الابن السفيه وإن لم يرجعا .

قال ابن كنانة في « المجموعة » : إلا المعنسة فيلزمها ذلك ، فأما الزوجة تأذن له في مرضه فلها أن ترجع ، إذ قد تخاف من وجده إن صح ، وليس التى يسألها زوجها في ذلك فتأذن به في ذلك كالتى تبتدئه وتمكنه ، فينظر في ذلك الإمام .

محمد : **قال أشهب** : وليس كل زوجة لها أن ترجع ، رُبَّ زوجة لا ترهب منه ولا تخافه [ق /٨٣ / ٩ب] فهذه لا ترجع .

وكذلك ابن كبير غير سفيه وهو في عيال أبيه ، فلا رجوع له .

ومن « العتبية » و « المجموعة » وهو في « الموطأ » : قال مالك : وإذا أذن الورثة للصحيح أن يوصى بأكثر من ثلثه لم يلزمهم ذلك إذا مات ، لأنهم أذنوا له في وقت لا منع لهم .

ومن« العتبية » : قال مالك فيمن أذن ورثته عند خروجه إلى غزو أو سفر أن يوصى بأكثر من ثلثه ، ففعل ثم مات في سفره : فإن ذلك يلزمهم كالمريض ، وقاله

ابن القاسم .

قال أصبغ : وقال لي ابن وهب : كنت أقول هذا ثم رجعت إلى أن لا يلزمهم ذلك ، لأنه صحيح .

وكذلك لو أذن له أحدهم في هبة ميراثه ، كالصحيح يأذنون له بالعول على ثلثه .

قال أصبغ : وهو الصواب .

وذكر في «كتاب ابن المواز» عن ابن عبد الحكم عن مالك مثل رواية ابن القاسم .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن أذن له ورثته في مرضه في الوصية بأكثر من ثلثه لم يصح ، وأقر وصيته ثم مرض فمات ، فلا يلزمهم ، وذلك الإذن، لأنه صح فاستغنى عن إذنهم ، فلا يلزمه أن يأذنوا في المرض الثاني ، وكذلك ذكر عنه في « المجموعة » .

قال ابن كنانة : ولكن يحلفون ما سكتوا عن تغيير ذلك رضًا به .

ومن «كتاب ابن حبيب» : ومن أوصى في مرضه بمائة ثم مات .

قال مطرف عن مالك : ويحاص صاحب المائة أهل الوصايا ، فما انتقص له ، فعلى الورثة تمامه .

قال أبو محمد : يريد مما ورثوا لا من أموالهم .

قال مطرف : ولو أوصى له بالمائة وهى أكثر من ثلثه ، فأجازوا ذلك له ، ثم أوصى لغيره بوصايا بعد ذلك ، فليحاصهم الموصى له بالمائة ، ثم ينظر فإن علم الورثة بما أوصى به لغيره فرضوا أو سكتوا حتى مات ، فليرجع عليهم بما انتقص من المائة .

وإن لم يعلموا أو علموا ، فقالوا : لا نجيز للذى جوزنا أولاً ما زادت وصيته على الثلث قبل أن يوصى بما أوصى به بعد ذلك ، وقاله ابن الماجشون .

ومن « المجموعة » : قال ابن القاسم وابن وهب عن مالك : وإذا استوهب المريض وارثه ميراثه ، ففعل ثم يقبض فيه شيئًا فإنه يرد إلى واهبه .

وقال عنه ابن وهب : إلا أن يكون سمى له من يهبه له من ورثته ، فذلك

ماضٍ، ولو وهب به ميراثه فأنفذ بعضه ، فما بقي يرد إلى معطيه ويمضى ما أنفذ .

ومن «كتاب محمد» : قال مالك في امرأة تصدقت في مرضها عن ابن ابنها بسدس دار لا تملك غيره ، وأشهد ابن لها ثان أنه إنما سكت كراهية سخطها ، ثم جاز ابن الابن وقاسم عمه وجاز له عنده فضل وأخذ منه ، ثم لم تزل الأم في الدار حتى ماتت .

قال : يمضى ذلك ولا ينفع الابن ما أشهد ، قد قاسمه ابن الابن وحاز وأخذ فضلاً ، فلا رد لذلك ، وقاله ابن القاسم .

وقال أشهب : إذا أشهد ابنها كراهية سخطها ، ولا يضره ما قاسم .

وقال لي عنه ابن عبد الحكم ومن « **العتبية** » : قال عيسى عن ابن القاسم في مريض أوصى بجميع ماله وليس له وارث إلا ابن مريض ، فأجاز صنيع الأب ، وقال الابن :ثلث مالى صدقة على فلان ، ثم مات الابن ، وترك الأب ثلاثمائة دينار ولا مال لهما غير ذلك .

قال : فللذى أوصى له الأب مائة دينار ، ثم يتحاص هو بالذى أوصى له الابن يضرب هذا بالمائتين التى أجازها له الابن .

ومن أوصى له الابن بثلث المائتين .

قال عيسى : إنما هذا إذا أجازها الابن وهو مريض ثم مات ، لأنها وصية .

فأما إن أجاز الابن في الصحة ثم مرض ، فأوصى بثلث ماله ، فليس ذلك المال له بمال إذا قبضه المتصدق به عليه قبل موت هذا ومرضه .

وإن لم يقبضه حتى مرض الابن فلا شيء له ، لأنه صدقة لم تجز .

قال أبو محمد : يريد تبطل إجازة الابن لما أجازه ، ويجوز من وصية الأب الثلث .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن أوصى بجميع ماله وليس له إلا وارث وآخر مديان ، وأجاز ذلك ، فلغرمائه رد الثلثين وأخذه في دينهم .

قال أشهب في « المجموعة » : لأنه وهب الثلثين للموصى له ، وهي جائزة أبدًا حتى يردها الغرماء ، فإن علموا ولم يردوا ، فلا رد لهم بعد ذلك .

محمد : وقاله ابن القاسم وأشهب .

محمد : وإن كان منهم من يجهل أن له رد ذلك ، فله الرد إذا حلف مع معرفة الناس أن مثله يجهل ذلك .

ومن « المجموعة » : قال ابن وهب عن مالك : وكذلك إن أذن له الولد المديان في مرضه ، كان للغرماء رد الثلثين .

فصل

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أقر الولد أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله، وعلى الولد دين يغترق مورثه ، وأنكر غرماؤه الوصية ، فإن كان إقراره قبل القيام عليه بالدين ، جازه إقراره .

وإن أقر بعد ما قاموه عليه لم يجز .

وكذلك إن أقر الولد بدين على أبيه ، أو بوديعة عند أبيه وقد مات أبوه ، فإقرار الولد بذلك بعد قيام غرماء الولد عليه لا يقبل إلا ببينة، وإقراره قبل أن عليه جائز .

فإن كان المقر له حاضرًا حلف معه واستحق ، كقول مالك فيمن شهد أن هذا الذى في يديه تصدق به فلان على فلان وتركه له في يديه، وأنكر الذى هو له ، فإن حضر المشهود له كان ذلك له مع يمينه .

وإن كان غائبًا لم يقبل قوله ، لأنه يتهم أن يكون إنما أقر ليبقى ذلك الشيء بيده.

محمد : **وقال أشهب** : إذا أقر [ق/ ٨٤ / ٩ب] الوارث المديان - يريد قبل قيام الغرماء عليه - أن أباه أوصى لرجل بالثلث ، أو بعتق ، ولا بينة فيه ، لم يجز إقراره ولا شهادته ولا إقراره بعتق في صحة إذا لم يصدقه غرماؤه .

وأما إقراره على أبيه بدين ، فيلزمه بخلاف إقراره عليه بصدقة أو بعتق ، كما لو فعل ذلك هو في مال نفسه .

وقال ابن القاسم : ذلك كله جائز على أبيه بدين أو بوصية أو عتق ، وإن أحاط الدين بماله إذا أقر قبل قيام الغرماء عليه ، أو على نفسه بدين .

محمد : وهذا أصوب ، لأن أشهب يقول : لو أجاز وصية أبيه بأكثر من ثلثه ، فلم يقبضه الموصى له حتى مات الابن ، إن ذلك جائز من ثلث الأب ، ولم يجعله

كصدقته من مال نفسه .

م : وهذا خلاف ما تقدم لعيسى ، وقول عيسى أبين ، لأنها هبة لم تقبض .

قال أشهب : وإذا أقر بوديعة عند أبيه ، فذلك لازم كإقراره بدين على أبيه .

قال أشهب : ولو أقر ولا دين عليه أن أباه أوصى بأكثر من ثلثه ، وأنه أجاز ذلك ، وأشهد به ثم مات الابن بعد أن تداين ، ولم يكن قبض الموصى له وصيته ، فليبدأ بوصية أبيه ، لأنه حق قد تم للموصى له في وقت يجوز فيه قول الابن .

فإن لم يوجد للأب شيء من مال وعلى الأب دين ، فإن الموصى لهم يحاصون غرماء الابن في مال الابن .

وإن وجدوا من مال الأب شيئًا أخذه الموصى له خاصة ، فما عجز عنه حاص به غرماء الابن ، لأن الوصية صارت على الابن دينًا حين استهلك التركة قبل إنفاذها .

قال محمد : أما فيما بلغ ثلث الأب ، فهو كذلك .

وأما ما أجازوه ، فإن كان مال الأب بيد الابن حتى مات ، بطل ما زاد على الثلث مما أجاز الابن .

وإن كان ذلك بيد غيره نفذ ذلك للموصى له .

ومن « المدونة » : ومن هلك وترك ولدين وألفى درهم ، فأقر أحدهما لرجل أن له على الأب ألف درهم ،فإن كان عدلاً حلف معه وأخذها من جميع التركة.

وإن نكل أو لم يكن عدلاً ، فليأخذ من المقر خمسمائة ، ويحلف له المنكر .

فإن نكل غرم له خمسمائة ، وقاله مالك وابن القاسم ، وهذا في « المدونة » .

محمد : وقال أشهب : له أن يأخذ الألف كلها من نصيب المقر .

قال : لأنه لا ميراث لوارث يزعم أن على الميت دينًا .

قال : وهو بخلاف إقراره بالوصية ، لأن الموصى له شريك في المال .وأما الدين فلا ميراث إلا بعد قضائه .

قال محمد : وقول مالك وابن القاسم أولى ، وقد قالا : لو شهد بالألف الدين عدلان بعد أن اقتسما ، فأعدم أحدهما ، فليأخذ الألف كلها من الآخر ، ويرجع

على أخيه فيتبعه بنصفها .

وخالفا بين البينة والإقرار ، لأن البينة أثبتت الألف على الميت ، فتؤخذ من ماله حيث وجد ، وتصير للأخ العهدة على أخيه .

وأما بإقـرار الأخ فلم يثبت الدين على الميت ، ولا يوجب له بالعدم على أخـيه هنا إقرار الوارث على نفـسه أن عنده زيادة على حقه ، ولم يجب عليـه أن يغرم عن أخيه ما لا يرجع به عليه .

قال : ولو أقر هذا الـرجل بألف ، وأخوه لرجل آخـر بألف على أبيهـما ، كل واحد ينكر قول أخـيه ، فإن كانا عدلين قضى لـكل طالب بشاهد ويمين ، فإن حلف واحـد أخذ الألف من الآخـرين ، ثم يرجع الناكل على من أقـر له بخمـسمـائة ، ويحلف له الأخ الآخـر أنه مـا يعلم مـا شهـد به أخـوه ويبرأ . فـإن نكل غـرم له خمسمائة . وإن لم يكونا عدلين كان ما قلنا من اختلاف قول ابن القاسم وأشهب .

وكذلك في نكول من نكل مع العدل .

قال : ولو أقر كل واحد لرجل بوصية الثـلث ، أقر كل واحد لغير الذى أقر له أخوه ، فلم يخـتلف في هذا إن كانا عدلين وإن كـان أحدهما عدلاً ، فـيحلف كل طالب ويأخـذ ذلك من الأولين . فإن نكل واحـد فـالثلث لمن حلف ولا شيء للذى أبى اليمين على الذى شهد له ، لأنه لم يبق بيده من الثلث شيء بيده .

فإن نكلا أو كان الوالدان غير عدلين ، أعطى كل واحد إلى الذى أقر له ثلث ما بيده ، ولو رفعا بعد الحكم وأقرا بأن الذى شهد به صاحبه حق بعد أن أخذ كل واحد ما أقـر له به صاحبـه ، فإن كل واحد منهـما ضامن الـذى أنكر وصيتـه ثلث ما في يديه، لأنه أقر أنه استهلك ذلك عليه .

قال : إذا اقتسم الوارثان ، ثم غـاب أحدهما أو أعدم ، ثم قـامت بينة بوصية الثلث لرجل ، أو أقر بالحاضر ، فإنه يأخذ ثلث ما بقي في يديه ويتبع الآخر مثله ، ولو ترك مائة حاضرة ومائة على .

محمد : وهو عديم أو غائب وأثبت رجل الوصية له بالثلث ، فإن المائة الحاضرة بين الموصى له وبين الولد الآخر نصفين ، لأن كل واحد منهمـا بثلثها ، وثلثها للذى عليه الدين فيأخذ منه ، فيكون بين هذين ، لأن حقهما في مال الميت سواء.

ولو أقر الولد الحاضر للموصى له وكان عدلاً وحلف معه ، كان كما ذكرنا .

فإن نكل أو لم يكن الولد عدلاً ، لم يكن له مع المقر في المائة إلا ثلثها .

ولو قامت له بينة أنه أوصى له بمائة لا بالثلث ، والمال كما ذكرنا ، فالجواب واحد ، لأنه لم يرجع إلى الثلث .

ولو أوصى له بأقل من الثلث ، مثل أن يوصى له بمائة ويترك مائة حاضرة وأربعمائة على أحد الوالدين ، فليخير الورثة بين أن يعطوه المائة الحاضرة ، أو يقطعوا له بثلث الحاضرة وثلث الدين ، فيكون حينئذ كموصى له بالثلث ، فيقسم المائة الحاضرة بينهما نصفين لأن حظهما في المال سواء ، لأن سهام الفريضة اثنان ، فرد عليها نصفها لصاحب الثلث فصارت ثلاثة ، فأسقط سهم المديان فيبقى هذين سهمان ، لكل واحد سهم .

ولو ترك ثلاث بنين ، وثلاثمائة [ق / ٨٥ / ٩ب] ، منها مائة على أحد الولدين دينًا ، ومائتان حاضرتان ، وقد أوصى بالثلث ، فالفريضة من ثلاثة ، رد عليهما مثل نصفها تكون أربعة ونصف ، فأضعفها لذكر النصف تكون تسعة ، الثلث ثلاثة ، ولكل ولد سهمان ، فأسقط سهم الولد المديان تبقى سبعة ، فللموصى له ثلاثة أسباع المائتين الحاضرة ، ولكل واحد ولو ترك سُبعا المائتين .

ولو ترك ولدًا واحدًا فإقراره هذه وديعة لفلان عند أبيه ، ثم قال : ولفلان معه، فإن كلاً قولاً متصلاً فهى بينهما .

وإن لم يكن متصلاً ، فإن كان عدلاً حلف الآخر وكانت بينهما ، فإن لم يحلف، أو كان غير عدل فهى للأول مع يمينه ، ولم يضمن المقر للآخر أنها لفلان معه ، فإنه يضمن للآخر ما أقر أنه له فيها ، كان عدلاً أو غير عدل .

ولو شهد شاهدان من الورثة أن أباهما أوصى لفلان بالثلث فدفعا ذلك إليه ، ثم شهد أنه إنما كان أنه أوصى به للآخر وأنهما خطئا ، فلا يصدقان على الأول وإن كانا معدلين للضمان الذى دخل عليهما ، ويضمنان للآخر ، ولو لم يكونا دفعا أجزت شهادتهما للآخر وأبطلتها للأول . وإذا أقر الوارث بدين على الميت يغترق التركة ، ثم أقر لآخر بمثله ، فإن لم يكن عدلاً بدئ بالأول إذ لا يقدر على الرجوع عنه ، فكذلك لا يدخل عليه ما ينقصه .

ولو كان عـدلاً وجاء بعذر بيِّن قُبل قـوله ، وحلف الآخر مع شهـادته ،فإن لم يحلف كان كما قلنا إن لم يكن عدلاً .

قال محمد : ويحلف الأول على علمه إذا نكل الآخر.

ولو أقر الـوارث أولاً بوصية تخـرج من الثلث أو بعـتق ، ثم أقر بدين يغـترق التركة ، فإن كان عدلاً جازت شـهادته ما لم يكن نفذ الحكم بإقراره الأول ، أو كان دفعه هو ، فلا يرد ويلزمه الدين فيما ورث .

وإن أحاط الدين بجميع ميراثه ، وإن لم تنفـذ الوصية فلا تباعة عليه ، ويحلف المقر له بالدين ويثبت دينه وتسقط الوصـية . فإن لم يكن عدلاً ، أو نكل الطالب لم يرد عتق ولا وصية ، ثم يأخذ الطالب دينه مما ورث هذا ، فإن بقى له شيء من دينه لم يتـبع به الوارث ما لم يكن هو الذى أنفـذ الوصيـة ، فيـتبع بما أنفذ مـن عتق أو وصية.

وإذا قال : أوصى أبي بالثلث ولفلان بدين ، كلامًا متصلاً ، فالدين أولى وتبطل الوصية إن اغترق الدين المال .

وكذلك لو أقر بـتدبير في الصحة ، لأنـه قول متصل ، فإن بدأ بالـوصية ، ثم قطع ، ثم أقر بالدين ، فإن كان عدلاً حلف طالب الدين وكان له ، وتبطل الوصية، إلا أن يفضل عن الدين فيكون للآخر ثلثه .

فإن لم يحلف ، أو كان له ولد غير عـدل ، فللموصى جميع الثلث ، وما بقى للدين .

وإن لم يفـِ ما بقى بالدين لم يضمن الوارث شيئًا .

ولو لم يقر بـالدين حتى وقع الثلث إلى الموصى له ضـمن ذلك لطالب الدين ، وإن لم يفـِ الباقى بعد الوصية بالدين ، ولا تباعة لواحد منهما على الموصى له .

ولو أقر فقـال : أوصى أبى إلى فلان بالثلث ، وأعتق هذا العـبد وهو الثلث ، فإن كان كلامًا متصلاً ، فالعتق أولاً ، وإن لم يكن الولد عدلاً .

فإن كان في كلام غير متصل بدئ فيه بالوصية ، فهو مبدى ، ثم يعتق العبد كله على الوارث .

محمد : سواء كان عدلاً أو غير عدل إن كان العبد يحمله الثلث ، وليس إقراره بالعتق يرد ما ذكر من الوصية ، بخلاف الدين الذى يحلف معه طالبه ويستحق .

ولو كانا وارثين فأقر هكذا ، لكان مثل الذى تبطل به الوصية ولو ترك وارثًا واحدًا وترك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ، لم يدع غيرهم ، فقال : أعتق أبى هذا العبد، وشهد عدلان أنه أعتق عبدًا غيره ، فإن كذبهما الوارث وقال : لم يعتق أبى إلا هذا ، أعتقت العبدين جميعًا . وإن لم يكذبهما أعتقت الذى أثبته الشاهدان كله، لأنه الثلث ، وأعتقت نصف الذى شهد له الوارث ، لأنه حين لم يكذبهما ، وكأن أباه أوصى بعتقهما ، فالثلث بينهما .

وإذا كذبهما ، نفذ إقرار الحرية لهذا وحده ، فلا يملك من أقر بحريته .

م : وفيها قول آخر لأشهب تركته .

قال : وإن أشهد أجنبيان أنه أوصى لهذا بالثلث ، وشهد وارثان أنه أعتق عبده في مرضه وهو قدر الثلث ،فالشهادتان جائزتان ، ويبدأ بالعتق في عدالة الوارثين ما لم يتهما على جر الولاء في عبد يرغب في ولائه ، فتبطل شهادتهما ، ويصير الثلث كله للموصى له به من هذا العبد ومن غيره .

قال محمد : ويعتق أيضًا العبد في قول ابن القاسم إذا كان يخرج من الثلث لو لم تنفذ الوصية، إن لم يكن مع المقرين ورث سواهما، لأنهما مقران بأنه حر مبدى.

وإن كان معهما ورثة لم يعتق عليهما بقضاء وإن ثبتا على إقرارهما ، إلا أن يملكان كله أو يملكه أحدهما وإلا أمرا أن يجعلا ما يصير لهما من ثمنه في عتق بغير قضية. وكذلك في خدمته يؤسران بترك خدمته في يومهما ، وهذا قول مالك وأصحابه في الوارث يقر بأن أباه أعتق هذا العبد ،ومعه ورثة سواه ، لأنه لا يقوم عليه ، إذ على الميت يعتق ، فلا يجوز عتق عبد بلا تقويم .

وإن شهد وارثان أن الميت أوصى فلان بالثلث ، وأنه رجع فأوصى به لفلان ، وهما يتهمان في الثاني ، فإن [ق /٨٦ / ٩ب] لم يكن معهما وارث غيرهما قبلت شهادتهما للثانى إن كان قولاً متصلاً .

وإن كان معهما ورثة لم تقبل شهادتهما إلا فيما يصير لهما من ذلك إن أقاما على شهادتهما .

وإن شهد الوارث لرجل بوصية ألف درهم بعينها وهي الثلث ، ثم أقر لآخر بعد ذلك بالثلث .

محمد : يريد ، لمن يتهم عليه ، فإنه يقضى للأول بالألف ، ولا شيء للثانى ، والوصية بعينها ، والثلث في ذلك سواء .

م : لأنه لم يكن كلامًا متصلاً ، ولكن أقر للثانى بعد أن ثبتت الوصية للأول والثاني ، والثانى ممن يتهم فيه ، فاتهم في نقل الوصية إليه .

وفي المسألة الأولى كانت شهادتهما كلامًا متصلاً ، وأنه رجع عن الأول ، فلا ينبغي أن يسقط بعض ويجاز بعضه .

ومن الأقضية لابن سحنون : قال أشهب : ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق عبده سالم ، وشهد وارثان أنه رجع عن ذلك وأوصى بعتق عبده صالح ، فإن استوت قيمتهما جازت شهادتهما وأعتق صالح وحده ، إلا أن يتهما في ولاء صالح واسترقاق سالم . ولو شهد أجنبيان أنه أوصى لزيد بعبده ميمون ، وشهد وارثان أنه رجع عن ذلك وأوصى لعمرو بمرزوق ، وهو ممن لا يتهمان عليه ،فإن تساوت قيمة العبدين ، أو كان مرزوق أرفع ، فالشهادة جائزة .

وإن زادت قيمة ميمون زيادة يتهمان فيها لم تجز الشهادة ، وجازت شهادة أجنبيين.

ولو شهد الأجنبيان أنه أوصى بالثلث لزيد ، وشهد الوارثان أنه رجع عن ذلك وأوصى به لعمرو ، أو أنه أشركه معه فيه لجازت شهادتهما ، إلا أن يتهما في الذى شهدا له ، فتبطل شهادتهما ، ثم لا طلب للذى شهدا عليهما فيما في أيديهما .

ولو لم يشهد الأجنبيان ، وإنما شهد الوارثان أنه أوصى بالثلث لزيد ، ثم رجع فأوصى به لعمرو ، وهما يتهمان في عمرو ، فإن لم يكن معهما ورثة غيرهما جاز ما شهدا به لعمرو .

وإن كان معهما ورثة لم تجز شهادتهما إلا فيما يصير لهما ،وقد تقدمت لابن القاسم .

وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبدين له في مرضه ، وقيمتهما سواء أو

مختلفة ، ولم يدع غيرهما ، فليعتق من كل واحد منهما ثلثه .

وفيها قول آخر وهو قول مالك أن يسهم بينهما ، فمن وقع له السهم عتق منه مبلغ ثلثهما جميعًا إن كان ذلك فيه .

وإن كمل عتقه وبقى من الثلث شيء كان في الآخر .

وأما لو أوصى بكل عبد لرجل ، لكان لكل واحد ثلث ذلك العبد ، بخلاف العتق عند الموت ، لأنه خصته السنة بالسهم .

قال أشهب : وإذا شهد رجلان أن رجلاً قال : إن قتلت فعبدى فلان حر ، ثم شهدا هما أو غيرهما أنه قتل ، وشهد غيرهما أنه مات موتًا .

قال : ينظر إلى أعدل البينتين فيقضى بها .

وقال سحنون : بل يؤخذ ببينة القتل .

قال أشهب : وكذلك لو شهد أنه أعتقه إن مات من مرضه هذا ، أو قدم من سفره هذا ، وأنه مات في ذلك المرض ، أو في سفره ذلك ، وأشهد آخران أنه أفاق من ذلك المرض أو قدم من ذلك السفر ، فليؤخذ بأعدلهما .

م : هذا إن شهدت البينة التى قالت : إنه مات في ذلك المرض أو السفر ، أنها لم تفارقه في سفره ذلك أو فى مرضه ذلك حتى مات ، فتكون حينئذ مناقضًا .

قالا : فالشهادة شهادة من قال أنه قدم من ذلك السفر وصح من ذلك المرض ، إذ قد يقدم ، ثم يعود مسافرًا ، ثم يموت ، وقد يبرأ ثم يمرض فيموت ، ولا يعلم الآخرين بقدومه ولا برئه .

قال أشهب : ولو شهد أنه أعتقه إن قتل قتلاً ، وإن مات موتًا ، وأشهد آخران أنه قتل قتلاً ولم يشهدا على يمينه ، فلا عتق له ، لأن شاهديه بالعتق أبطلاه عنه بدفع القتل ، كمن شهد أن فلانًا أسلف فلانًا ألف درهم ثم قبضها منه .

وإن شهد رجلان أنه قال : إن مت في سفرى هذا فميمون حر ، وأنه مات فيه، وشهد آخران أنه قال : إن رجعت من سفرى هذا فمت في أهلى فميمون حر ، فإنه حر في ثلثه بكل حال ، ولو كان في ذلك موضع للنظر بأى الشاهدين يعتق ؟ لقيل: بأعدلهما . وإن شهد أنه قال : إن مت في جمادى الآخرة ففلان حر ، وإن مت في

رجب ففلان حر ، فشهد رجلان أنه مات في جمادى الآخرة ، وشهد آخران أنه مات في رجب ، فليقض بأعدل البينتين .

وإن شهد أنه قال : إن مت من مرضى هذا فعبدى حر ، قالا : ولا ندرى هل مات من مرضه ذلك ، وقال العبد : منه مات ، وكذبه الورثة ، فالقول قول الورثة مع أيمانهم ، لأن العبد مدع لما يزيل ما ثبت من رقه .

ولو أقام بقوله بينة ، والورثة بقولهم بينة ،قضيت بأعدلهما ، لأنهما قد تكاذبا.

وإن قال : إن مت من مرضى هذا ففلان حر ، وإن برئت منه ففلان - لآخر - حر ، فأقام كل عبد ما يوجب عتقه ، وقالت الورثة : قد برئ منه ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، ولا يعتق إلا من صدقوه .

فإن أقام من كذبوه بينة ولم يقمها من صدقوه ، قضى بالبينة ثم سئلت الورثة ، فإن ثبتوا على قولهم وكان العبد الذى صدقوه يخرج من ثلث جميع التركة عتق عليهم ، إلا أن يكون لم يقر بذلك إلا بعضهم [ق/٨٧ / ٩ب] فليبع عليهم ، ويؤمر من أقر أن يجعل حصته من ثمنه في عتق ، ولو اشتراه أحد من المقرين ، وأقام على قوله عتق عليه .

وإن أقام من صدقه الورثة بينة أنه برئ ، قضى بأعدل البينتين ، فإن كانت بينة من كذبوه أعدل البينتين عتق ذلك بالبينة والآخر بإقرار الورثة له .

وإن كانت بينة من صدقوه أعدل عتق ويزال عتق الآخر .

وقول ابن القاسم : إنه يعتق على من ملكه من الورثة المقرين ، أقاموا على إقرارهم أو رجعوا .

وكذلك اختلف في البينة تشهد بعتق عبد ، فردت شهادتهما ، ثم اشتراه أحدهما .

وقال المغيرة من شهد أن فلانًا أعتق عبده ، ثم دار إلى ملك الشاهد بعد ذلك بابتياعه ، فإن كان الإمام رد شهادته لشيء كرهه من الشاهد سئل الآن ، إن أقام عليها عتق عليه ، وإن رجع لم يعتق .

وإن لم يرده الإمام إلا لانفراده ، فالعبد حر عليه والولاء للمشهود عليه .

وقال سحنون في الذى شهدت عليه بينة أنه قال : إن مت من مرضى هذا فعبدى ميمون حر ، وأنه مات منه ، وشهد آخران أنه قال: إن أفقت منه فعبدى مرزوق حر ، فإن أفاق منه ثم مات ، فإن كانت البينتان عدلتين وفي العدالة سواء ، فليقض لميمون ويسقط مرزوق .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في « العتبية » أنه يعتق نصف ميمون ونصف مرزوق ، والمسألة مفروضة في الشهادة على أن عتق مرزوق معلق بإقامته من مرضه، وأنه أفاق من مرضه ذلك ، والشهادة على أن عتق ميمون معلق بموته من ذلك المرض، وأنه مات منه .

تم كتاب الوصايا الثالث بحمد الله وعونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا .



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة الأول

القضاء فيما فيه الشفعة وما لا شفعة فيه

روى مالك وغيره أن النبي ﷺ قال : « **الشفعة فيما لا ينقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت فلا شفعة** »[1] ، وقاله عمر وعثمان .

قال بعض علمائنا : في قوله - عليه السلام - : « **فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**» دليل أنه لا شفعة إلا فيما فيه الحدود من ربع أو أرض أو نخل أو عقار ، وفيه أيضًا حجة على من يقول : إن للجار الشفعة ، لأن الحدود بينهما قائمة والأنصباء مفروزة، وإنما الشفعة في الشائع لقوله: « **الشفعة فيما لم ينقسم**»، وهذا يقضى على من يرويه من قوله : الجار أحق بصقبه ، والصقب اللصيق .

ومحمل ذلك عندنا على مجاورة الشركة ، لأن الشريك يسمى جارًا ، والزوجة تسمى جارة ،قال الأعشى :

أجارتنا بينى فإنك طالقة كذاك أمور الناس عادٍ وطارقة

فإذا حملت أحاديثهم على ذلك كانت الأخبار غير متناقضة وصح الجمع بينهما.

ابن المواز : وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « **الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط** »[2] .

ومن « المدونة » : قال مالك : والشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء من الدور والأرضين والنخل والشجر ، وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة ، ولا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة لا تنفذ أو غيرها ، وقاله عمر بن عبد العزيز .

قال مالك : ولا شفعة بالشركة في الطريق ، ومن له طريق في دار رجل فبيعت الدار ، فلا شفعة له فيها ، لأنه إنما له حق في جوار ، ولا حق له في نفس الملك .

قال مالك : ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن ولا نر ولا طعام ولا سارية ولا حجر ولا عرض مما ينقسم أو لا ينقسم .

---

(١) أخرجه البخارى (٢٠٩٩) ومسلم (١٦٠٨) من حديث جابر ـ رضى الله عنه .

(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٨) من حديث جابر ـ رضى الله عنه .

قال مالك في « المجموعة » فيمن باع دينًا له على رجل : فلا يكون من هو في ذمته أحق به بالشفعة وبيعه نافذ ، إلا أن يجرى على ضرر بيع من عدو ونحوه .

ابن المواز : ولم يقل أحد إن في الدين الشفعة ، ولكن الذى هو عليه أحق به للضرر ، كما أن المكاتب أحق بما بيع من كتابه .

قال أشهب : هو فكاك من رق الدين ، والدين عليه.

وروى ابن وهب أن النبي ﷺ قال : « الذى عليه الدين أحق بما بيع به من مشتريه » .

قال ابن القاسم : قال مالك : إنه يحسن أن يكون أحق به ، ولا يقضى بذلك.

ومن « المدونة » : قال مالك :وإذا قسم قوم داراً وتركوا الساحة لم يقسموها ، فباع أحدهم ما صار له من الدار ، فلا شفعة بينهم .

قال : وإذا كانت الساحة واسعة فأرادوا قسمها ليحوز كل واحد حصته إلى منزله فيرتفق به ، فإن لم يكن ضرر ، فلا بأس به .

قال سحنون : ولا تقسم بالسهم ، لأن حظ أحدهم يصير على باب بيت الآخر.

قال أشهب في « المجموعة » : وليس لأحدهم بيع حصته في العرصة خاصة إلا أن يبيع نصيبه من البيوت وإن كانت العرصة واسعة ، إلا أن يجتمع مُلأَّؤهم على بيعها فيجوز .

وإن أباه أحدهم فهو مردود ، لأنها أبقيت [ق /٨٨ / ٩ب] مرفقًا بينهم .

قال مالك : وإذا قسمت النخل وبقى فحلها أو ما يسقى به الأرض من عين أو نهر أو بئر ، فلا شفعة فيه ، وقاله عثمان بن عفان .

م : لأنهما تبع لأصل لا شفعة فيه ، فوجب أن يكون لهما حكم الأصل ، والضرر الذى يدخل على المشترى في بقاء ما اشترى فلا فحل ولا بئر ، وذلك أشد من ضرر الشركة ، ولو كانت الأرض غير مقسومة لكان فيها الشفعة ، لأنها تبع لما فيه الشفعة ، كأحد الشريكين يبيع حصته من الثمرة ، والأصل بينهما مشاعًا .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا بنى قوم في دار حبست ، ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من البناء لإخوانه فيه الشفعة ، استحسنه مالك .

وقال : ما سمعت فيه بشيء .

وقيل : مـعنى ذلك أن الميت أوصى أن يمتلك ما بنى ، وأنه لم يبـقه على طريق التحبيس .

ولو لم يوص لم يجز للورثة بيعه حسب ما قـال في كتاب الحبس ، وقد يحتمل أيضًا أن يكون حـبسه عليهم ليـسكنوه خاصة ، كالتـعمير لا حـبس موقوف . والله أعلم.

قال مـالك : ومن بنى في عـرصة رجل بإذنـه ، ثم أراد الخروج منهـا ، فلرب العرصة أن يعطيه قيمة النقض مقلوعًا ، أو يأمره بقلعه .

وإذا بنى رجلان في عـرصة رجل بإذنه ، ثم باع أحـدهما حصـته من النقض ، فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته مـقلوعًا ، أو من الثمن الذى باعه به ، فإن أبى فلشريكه الشفعة للضرر ، والضرر أصل الشفعة ، يريد بالثمن .

فإن قيل : فلماذا أخذ رب الأرض النقض بالشفعة وهو لا شركة له في النقض، وهم قد قالوا فيمن ابتاع نقض دار على أن يقلعه ، فـجاء رجل فاستحق القاعة وأراد أخذ النقض ، إنه يأخـذه من المشترى بقـيمتـه منقوضًا ، ولا يأخـذه بالثمن ، إذ لا شركة له في النقض ؟

قيل : الأشبه أن لا يأخذه بالثمن ، ولعلهم اسـتخفوا ذلك ، لأن ثمَّ من يأخذه بالشفعة ، وهو الشريك في النقض ، وكأن هذا لما كان مقدمًا عليه حلَّ محله، وعلى هذا الاعـتلال لو لم يكن مـعه شـريك في النقض فبـاعه لم يـأخذه رب الأرض إلا بقيـمته ، كـما قالوا في الذى اسـتحق القاعـة وقد باع النقض من كـانت بيده على القلع، إنه لا يأخذه إلا بقيمته مقلوعًا .

وقال أشـهب وسحنون : لا يجوز بيـعه ، لأن رب العـرصة له أخذه ، فـتارة يشترى ثمنًا ، وتارة يشترى نقضًا .

م : ولو لزم هذا أن يفـسد ذلك البـيع لم يجز أن يبـاع بشيء من المبـتاع ، لأن الشفيع فيه مقدم كرب العرصة .

قال في «كتاب القسم» : وإن أقام بناءهما في العرصة قدر ما يعار إلى مثله ، ثم أراد ربها إخراج أحدهما ، فإن قدر على قسمة البناء قسم ، وخير في المخرج ، فإما

أعطاه قيمة حصته - يريد مقلوعًا - أو يأمره بقلعه .

وإن لم ينقسم ، قيل للشريكين : اصطلحا ، إما أن تتقاويا أو تبيعا .

فإن أراد البيع ، فللمقيم في العرصة أخذ ذلك بما بلغ .

في الشفعة بين المسلم والذمى

قال مالك : وإذا كانت دار بين رجلين ، فإذا كانت دار بين مسلم وذمى ، فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمى ، فلشريكه الذمى الشفعة كما لو كان مسلمًا .

م : لقوله - عليه السلام - : « **الشفعة في كل شرك من ربع أو حائط** »[1] .

لا يحل أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه ، فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن، فعمَّ .

ولأنه حق موضوع لإزالة الضرر عن المال ، فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب .

وقال ابن القاسم في « المجموعة » : إذا باع المسلم شقصه من نصراني فلا شفعة له ، لأن الخصمين نصرانيان .

ولو باع النصراني نصيبه من نصراني ، فللمسلم الشفعة ، يريد بلا اختلاف .

وقال في الشفعة : ولو كانت بين ذميين لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا .

قال ابن المواز : وقال أشهب : إذا كان المبتاع منهما مسلمًا ، فلا شفعة فيه وإن تحاكما إلينا .

وقد قال الأوزاعى : لا شفعة لنصراني .

قال أشهب في « المجموعة » : فإن كان أحد الثلاثة مسلمًا - باع أو مبتاع أو شفيع - ففي ذلك الشفعة .

وروى البرقى عن أشهب في نصراني اشترى شقصًا من نصراني بخمر أو خنزير، والشفيع مسلم ، فله الشفعة بقيمة الشقص .

وقال محمد بن عبد الحكم : بل بقيمة الخنازير والخمر ، وقاله يحيى بن عمر ، لأنهما مما يحل للنصراني تملكهما ، وهما ثمن الشقص، فأشبه ثمن الشقص بعرض .

---

(١) تقدم .

وقال عبد الملك في المسلم يستهلك للنصراني خمراً : لا قيمة له عليه ، فإذا دفعها فذلك أحرى إلا أن يكون لها قيمة .

م : والأشبة أن يأخذها بقيمة الشقص ، لأن الشقص صار ملكًا لمشتريه ، فلما تعذر أن يدفع إليه قيمة ثمنه إذ لا قيمة له عنده وجب أن لا يأخذه من يده إلا بدفع قيمته . والله أعلم .

في قسمة الشفعة بين الورثة ، والشركاء ، ومن أولى بذلك

قال مالك : والقضاء أن الشفعة إذا وجبت للشركاء قسمت بينهم على قدر أنصبائهم لا على عددهم .

قال ابن القاسم : وقاله على بن أبى طالب .

وقال أشهب في « المجموعة » : لأن الشفعة إنما وجبت بشركتهم لا بعددهم ، فيجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة .

قال عبد الوهاب : ولأن الشفعة معنى هو مستفاد بالملك ، فوجب أن يكون معتبرًا بقدر الأملاك لا بقدر الملاك ، أصله غلة الدار وكسب العبد [ق/٨٩ / ٩ب] وربح المال .

وقال أبو حنيفة : هى على عدد الرؤوس .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن كان المبتاع شريكًا لهم بسهم متقدم حاصهم به فقط .

قال : ومن هلك وترك ثلاث بنين ، اثنان شقيقان وآخر لأب ، وترك بينهم دارًا، فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسمة ، فالشفعة بين الشقيقين والأخ للأب سواء ، إذ بالبنوة ورثوا الهالك ، ولا ينظر إلى الأبعد بالبائع .

قال : ولو ولد لأحدهم أولاد ثم مات ، فباع بعض ولده حصته فبقية ولده أولى بالشفعة من أعمامهم ، لأنهم أهل مورث ثان .

قال : فإن سلموا فالشفعة لأعمامهم وإن باع أحد الأعمام فالشفعة لبقية الأعمام مع بنى أخيهم لدخولهم مدخل أبيهم .

ابن المواز : قال أشهب : وإنما كان ورثة الميت يتشافعون بينهم دون أعمامهم ،

لأنهم شركاء فيما ترك أبوهم دون أعمامهم .

قال : وكذلك لو كانوا مشتريين ولم يكونوا ورثة ، ثم مات أحدهم وترك ورثة ثم باع أحد ورثة هذا الميت كان شركاؤه في الميراث أحق بالشفعة من شركاء ميتهم ، لأن الورثة شركاء في حصة الميت دون شركاء الميت .

قال : وإن باع أحد من شركاء ميتهم دخل ورثته كلهم بقدر مصابة الميت مع بقى من الشركاء .

قال : وكذلك ثلاثة اشتروا داراً بينهم أو ورثوها ، فباع أحدهم نصيبه من نفر ، وسلم الشريكان ، ثم باع أحد النفر المشتريين مصابته ، فبقية النفر أشفع من شريكى البائع .لو باع أحد شريكى البائع لدخل في الشفعة شريكه الذى لم يبع وسائر النفر الذين اشتروا الثلث الأول ، فيصير لهم النصف وللشريك الذى لم يبع النصف ، وخالفه ابن القاسم في هذا .

وقال : لا يكون الذين اشتروا الثلث الأول أشفع فيما باع بعضهم من شركاء بائعهم ، بل هم كبائعهم يقومون مقامه ، إذا باع أحدهم كانت الشفعة لمن بقى منهم، وسائر شركاء البائع منهم على الحصاص ، بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشتريين.

قال أصبغ : وهذا من الحق إن شاء الله ، وهو الصواب .

م : والفرق بين الورثة وبين المشتريين ، أن السهم الموروث لا شفعة فيه لشركاء الميت مع الورثة ولا تسليم ، فوجب إذا باع أحد الورثة أن يكون بقيتهم أشفع من شركاء الميت ، وشركاء البائع لهم الشفعة والتسليم فيما باع شريكهم ، فوجب أن يكون لهم الدخول فيما باع المشتريين ، كما كان لهم الدخول فيما اشتروا .

قال ابن القاسم : ولو باع أحد شريكى البائع الأول لدخل المشترون من الأول مع من بقى من شركاء بائعهم بقدر حصة بائعهم ، وقاله مالك .

ابن المواز : قال أشهب عن مالك فيمن أوصى لقوم بثلث حائطه أو بسهم معلوم فيبيع بعضهم : إن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع من بقية الورثة ، وقاله أشهب وابن عبد الحكم .

وقال ابن القاسم : للورثة الدخول معهم كالعصبة مع أهل السهام .

فقيل لابن القاسم : إن مالكًا قدر أى في الوصية أنهم أهل سهم واحد ؟

فقال : قد كان مالك مرة يقول في العصبة : إنهم أهل سهم .

قال أصبغ : ثم ثبت أن أهل السهم المفروض هم الذين يتشافعون خاصة ، وعليه جماعة الناس .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإن ترك ابنتين وعصبة ، فباعت إحدى البنتين ، فأختها أشفع من العصبة ، لأنهم أهل سهم. فإن سلمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك ، لأنهم أهل مورث .

قال : ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة ، وللبنات وكذلك الأخوات مع البنات حكم العصبة ، لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى .

ابن المواز : وقاله مالك وابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ .

وروى أشهب أن بقية العصبة أحق كأهل سهم ، وكان من حجة قول مالك في الرجل يوصى بثلث حائطه لنفر ، فيبيع بعضهم ، إن بقية الموصى لهم أحق بالشفعة من سائر أهل الحائط .

قال أشهب : وهذا والعصبة سواء .

قال ابن المواز : وليس من أوصى له بجزء معلوم فشاركهم في ثلث أو ربع بمنزلة من لا يكون له إلا ما بقى ، وقول مالك أحب إلينا وأصوب ، وعليه جماعة أصحابه.

أبو محمد : وقال كقول أشهب ربيعة وابن شهاب .

ومن « المدونة » : قال : ولو ترك دارًا بينه وبين رجل ، وورثته عصبة ، فباع أحدهم حصته قبل القسمة فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبى ، لأنهم أهل مورث ، فإن سلموا فللشريك الأخذ .

وإن ترك أختًا شقيقة وأختين لأب ، فأخذت الشقيقة النصف وأخذت الأختان للأب السدس تكملة الثلثين ، فباعت إحدى الأخوات للأب ، فالشفعة للأخرى مع الأخت الشقيقة ، إذ هم أهل سهم .

ابن المواز : وقال أشهب : لا تدخل معها الشقيقة ، والأخت للأب أولى .

وإن باعت الشقيقة فالتى للأب أحق من العصبة .

وإن باع العصبة فهن كلهن في الشفعة سواء .

قال في « المجموعة » : فإن باع جميع الأخوات للأب ، فالشقيقة أحق من العصبة .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا ورث الجدتان السدس ، فباعت إحداهما ، فالشفعة لصاحبتها دون ورثة الميت ، لأنهما أهل سهم واحد ، ولا يرث عند مالك أكثر من جدتين .

وكذلك الإخوة للأم إذا ورثوا الثلث فباع أحدهم حصته من الدار ، فالشفعة لبقيتهم دون غيرهم من الورثة ، لأنهم أهل سهم .

وفي «كتاب محمد» [ق / ٩٠ / ٩ب] وغيره : وإذا ترك الميت زوجات وجدات وأخوات لأم وأخوات لأب ، فباعت إحدى الجدات أو بعض أهل السهام المفروضة نصيبه، فالشفعة لبقية أشراكه في ذلك السهم دون غيرهم ، هذا قول مالك وأصحابه لا اختلاف بينهم فيه إلا ابن دينار .

فإن سلم بقية أهل السهم كان بقية الورثة من أهل السهام والعصبة سواء في تحاصهم في هذا المقدار المبيع ، لأنهم إنما ينتسبون إليه بالميت ، فلا فضل لأهل السهام على العصبة . فإن سلم جميع الورثة ، فالشركاء بعدهم ، ولو باع بعض أهل الورثة لدخل جملة أهل السهام مع بقية العصبة في ذلك .

ولم يجعل ابن القاسم العصبة كأهل السهم . وأشهب يرى العصبة كأهل السهم يتشافعون فيما بينهم وإذا باع أحد منهم دون بقية الورثة .

وأما الموصى لهم بالثلث أو بجزء مسمى ، فعند ابن القاسم أنهم كالعصبة ، إن باع بعض الورثة لم يدخلوا عليهم ، وإن باع الموصى لهم دخل على بقيتهم أهل الميراث .

وعند أشهب ومحمد أنهم كأهل السهم ، فصار الاختلاف في ذلك على ثلاثة أقوال ، فابن القاسم لا يرى أن يختص بالشفعة فيما بينهم إلا أهل السهام المفروضة.

ومحمد يرى الموصى لهم بسهم كأهل السهام ، بخلاف العصبة .

وأشهب يرى الموصى لهم والعصبة كأهل السهام المفروضة .

م : وإذا هلك وترك زوجة وابنًا وبنتًا ، فمات الابن وترك أخـته وأمه وعصبة ، فباع بعض العصبة .

قال بعض فقهائنا القرويين : وقع في «كتاب محمد» أن الأم والأخت يتشافعان مع بقية العصبة بما ورثا من الميت الأول والثاني .

قـال : وفي هذا نظر ، لأنهـم فى مـوت الابن أهل مـورث ثان فـلا يجب أن يضربوا مع بقيـة العصبة إلا بالقدر الذى ورثوه معـهم من مورث الابن ، لأنهم متى ضـربوا بالمورثين أضروا بـالعصـبة وصـاروا يدخلون مع أهل الورثة الـثانيـة بالوراثة الأولى، ويلزم على هذا إذا مات وترك أولادًا ، ثم مات أحد ولده وترك ورثة ، فباع أحد ورثتـه أن عمومتـه يدخلون فيما باع أحـد ورثة الابن ، إذ لا فرق بين أن يكون لهم ميراث في الثاني أم لا ، والصواب ما قـال ولكن الذى عندنا في «كتاب محمد» أن الأم والأخت يشـافعـانهم مما ورثا من السهم الآخـر ، وهذا مثل مـا فسـر بعض القرويين ، وخلاف مـا ذكر أنه في كتاب محمـد في شفعة الصغـير والغائب والمولى عليه والحمل .

قال مالك : وللصغير الشفعة يقوم لها أبوه أو وصية ، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له .

ولو كان له جد لم يأخذ له ، ولكن يرفع ذلك إلى الإمام ، وإن لم يكن له أب ولا وصى وهو بموضع لا سلطان فيـه ، فهو على شفعتـه إذا بلغ ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصى أو سلطان شفعة الصبى ، لزمه ذلك ، ولا قيام له إن كبر .

ولو كان له أب فلم يأخذ له بالشفعة ، ولـم يترك حتى بلغ الصبى ، وقد مضى لذلك عشر سنين ، فلا شفعـة للصبى لأن والده بمنزلته ، ألا ترى أن الصغير لو بلغ فترك أخذ شفعته عشر سنين كان ذلك قطعا لشفعته .

ابن المواز : والشفعة للصغير والمولى عليه أبدًا حتى يقيما بعد زوال الولاية سنة.

قال : وكذلك للغـائب بعد قدومه وعلمـه سنة ،إلا أن يكون للصبى، إذ المولى عليه أب أو وصى أو من جعله القاضي يليه ، فـيكون تركه لذلك بعد علمه به يقطع الشفعة .

قلت : فإن بلغ الصبى وولى نفسه قبل تمام السنة .

قال : إن كان له من يلى عليه قبل تام السنة من حين وجبت له الشفعة وعلم بها .

وإن لم يكن له من يلى عليه ، فله سنة مستأنفة من يوم ولى نفسه ، إلا أن يكون الذى يولى عليه قد سلم وليه الشفعة ، فلا يكون له بعد ذلك ولا لوصيه شفعة، وقاله أشهب عن مالك .

قلت : فإن كان لليتيم والمولى عليه الكبير وصيان فاختلفا ، فأخذ أحدهما وسلم الآخر ؟

قال : لا يلزمه أخذ هذا ، ولا رد هذا ، وينظر السلطان في ذلك ، أو يأمر بالنظر فيه ، فإن رأى أخذها غبطة أخذها وإلا تركا .

فإن طال ذلك ولم يرجع إلى السلطان حتى تمت السنة ، فإن كان ذلك بيد المبتاع زالت الشفعة.

وإن كان ذلك بيد الآخذ فالصبى إذا بلغ مخير إما أخذ أو ترك ، لأن فعل أحد الوصيين لا يلزمه .

وإن لم يكن بلغ نظر السلطان أيضًا ، فينفذ قول أصوبهما .

م : وإذا قام مشترى الشقص الذى شفيعه صبى لا وصى له ، فرفع إلى القاضى، نظر القاضى له في الأخذ أو الترك ، ويستعين بمشورة ذوى الرأى ، ولا أرى له مطل المشترى ، إلا أن يوليه رجلاً ، لما في ذلك من الضرر بالمشترى ، إلا أن يكون على ثقة من اتخاذ ذلك معجلاً في مثل اليوم واليومين والثلاثة أكثره ، وقاله أشهب في «كتاب محمد» .

ومن « **المدونة** » : قال مالك : ولا يأخذ الوصى للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل صارخًا ، إذ لا ميراث له حتى يولد ويستهل صارخًا .

في حد ما تنقطع الشفعة إليه ، وما يوجب قطعها

قال مالك : والشفيع على شفعته حتى يترك بصريح مقالة ، أو يأتى من الزمان الطويل ما يعلم أنه تارك لشفعته، وإذا علم بالشراء فلم يطلب شفعته سنة، فلا يقطع

ذلك شفعــته وإن كان قد كــتب شهادته في الشراء، ولــم ير مالك التسعــة أشهر ولا السنة بكثير [ق/ ٩١/ ٩ب] إلا أنه إذا تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركًا لشفعته.

ومن «كتــاب ابن المواز» عن مالك إنه يحلف في ســتة أشــهر أو خمــسة ، ولا يحلف في شهرين .

وأما إذا حضر الشراء وكتب شهادته ، ثم قام بعد عشرة أيام ، فأشد ما عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركًا لشفعته ويأخذها .

ومن « المدونة » : قال مالــك : وإن جاوز الســنة بما يعـد به تاركًا ، فلا شــفعة له.

ابن المواز : وقال أشــهب : إذا غربــت الشمس من آخــر يوم من أيام السنة ولم يقم، فلا شيء له .

وقال ابن مبسر : ما قارب السنة داخل في حكمها .

قال غيره : إلا أن يقول الشفيع : أنا على شفعتى ، ويشهد على المبتاع بذلك ، فله الشفعة وإن طال مكث ذلك ، لأنه أشهد عليه أنه يأخذ ، فترك القيام عليه ، إلا أن يكون قد أوقفه السلطان فلم يأخذ بالشفعة وأشهد عليه ، فلا شفعة له .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لا يقطع شــفعة الحاضر شيء ، ما لم يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك ، أو يتركها هو تطوعًا ، أو يأتى من طول الزمان مــا يرى أنه تارك لها ، أو يحدث فيــها المبتاع بناءً أو غــرسًا أو هدمًا أو تغييــرًا ، وهو حاضر ، فيقطع شفــعته ذلك ، إلا أن يقوم بحدثان ذلك ومــقاربته ، وأنكر أن يكون مالك حدَّ سنة .

وقالا : سمعناه وقد سئل عن شفيع حاضــر قام على شفعته بعد خمس سنين ، وربما قيل له أكثر من ذلك ، فيقول : وهذا لا أراه طولاً ما لم يحدث المشترى بنيانًا، أو يغير شيئًا وهو حاضر ، فإن أجله أقصر من أجل الذى لم يحدث عليه شيئًا .

وقال أصبغ : وهو على شفعته السنتين والثلاث ونحو ذلك ما لم يبن منه المشترى أو يبيع .

أصبغ عن أشهب في « العــتبية » : إذا عالج فيــها المبتاع هدمًا أو مرمــة ، فإنها تنقطع قبل السنة . وإن لم يكن كذلك فإلى السنة .

قال في «كتاب ابن المواز» : والسنة أصل في غير شيء .

قال عبد الوهاب : وعند أبى حنيفة والشافعي أنها على الفور كالرد بالعيب ، فإن أمسك عن المطالبة بالشفعة بعد علمه وتمكنه منها بطلت .

ودليلنا أن المطالبة بالشفعة حق للشفيع ، ومن له حق فلا يسقطه سكوته عنه ، وهو مخير في المطالبة به أى وقت شاء ، إلا أن يعلم منه ترك له ، ولأنه حق فيه استيفاء مال لم يكن فيه تدليس فلم تجب المطالبة به على الفور ، أصله الدين وفيه احتراز من الرد بالعيب ، ولأن في إيجاب المطالبة في الفور ضرر على الشفيع ، لأنه قد يعلم ، ولكن لم يحصل له الثمن ولا باع ما يحصل به من جهته ، فيؤدى ذلك إلى تفويته ، وإنما قلنا : إن الغائب على شفعته لقوله ﷺ : « ينتظر بها وإن كان غائبًا » ، ولأنه معذور لأن الغيبة لا يتمكن معها من المطالبة ، ووجه قوله : إن للحاضر سنة ، لما قد ثبت أن المطالبة ليست على الفور ، ولابد من مهلة يتصرف بتحصيل المال فيها ، فجعلت له السنة ، لأنها قد جعلت في الشرع حدًا لأحكام كثيرة مثل العنة والعهدة ، وحولاً في الزكاة وغير ذلك .

ووجه الثانية قوله - عليه السلام - :«الشريك أحق به»، ولم يعلقه بمدة ، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأرش الجنايات ، ويلزم على هذا التعليل أن لا تبطل شفعته ، وإن أوقفه السلطان على الأخذ أو الترك، وهذا خلاف قولهم أجمع.

ابن المواز : وقال ابن عبد الحكم : وإذا قال الشفيع : لم أعلم بالبيع ، وهو بالبلد ، فهو مصدق ولو بعد أربع سنين .

ابن المواز : وإن الأربعة بكثير ، ولا يصدق في أكثر منها ، وقاله ابن عبد الحكم.

ومن الشفعة : قال مالك : وإذا كانت الدار بغير البلد الذى هما فيه ، فهو كالحاضر مع الدار فيما ينقطع إليه الشفعة ، ولا حجة للشفيع أنه لا ينقد حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب .

ابن المواز : وكذلك لو كانا حاضرين فى موضع الشقص ، ثم سافرا جميعًا في مدينة ، أو في موضع ، والشفيع عالم بوجوب الشفعة ، فهو كالحاضر ، وإنما ينظر إلى حضور الشفيع مع المشترى ، ولا ينظر إلى غيبة الدار .

وإذا كان الشفيع حاضراً بموضع الدار والمبتاع غائب بعد الشراء ، أو اشتراها في

غيبته ، أو اشتراها وكيله ، فالشفعة له قائمة .وإن طالت غيبة المشترى .

وكذلك إن كــان وكيله يهدم ويبنى ، ويكون بحضــرة الشفيع ما لم يكــن موكلاً بدفع الشفــعة عنه ببينة عــادلة حاضرة يعلم بها الشــفيع واطلع عليهــا ، فلا يكون له حينئذ شفعة إذا أتى عليه من الزمان ما ينقطع فيه الشفعة ، وهو لا يطلب شفعته .

ولو أراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة والمبـتاع غائب ولا وكيل له حاضر ، فذلك له ويوكل السلطان من يقبض الثمن الغائب .

قيل : فإذا كان كذلك ويقضى له به ، فكيف لا ينقطع عنه الشفعة إذا طال زمان ذلك قبل أخذه لموضع العذر فى استثـقال اختلاف الناس إلى القضاة ، وربما ترك المرء حقه إذا لم يأخذه إلا بالسلطان ، فإن كتابة العهدة عليه أحسن .

قال ابن ميسر : إذا كان الوكيل يهدم ويبنى ويكون ذلك بحضرة الشفيع ، فلا بد أن يلى ذلك معه ، وهذا يقطع شفعتــه وكذلك إن لم يل ذلك معه وقامت بينة بعلمه [ق/ ٩٢/ ٩ب] بذلك وحضوره ، فلا شفعة له إذا مضى ما ينقطع إليه الشفعة.

ابن المواز : وإذا أخذ الشـفـيع الشـفعـة في غيبـة المبتاع ، فلـيس له أخذها من وكيله وإن كتب عهدته على الوكيل ، ولكن على الغائب ، ويدفع الثـمن إلى الوكيل على الشراء إن كــان وكيله وهو يعـلم أن لهــا شفيـعًا ، فيكـون ذلك تـوكيـلاً عـلى قبض الثمن.

وإن لم يعلم بالشفيع ، فلا يدفع الثمن إليه ، ولكن إلى من يراه الإمام ،وإنما لا يكتب عهدتــه على الوكيل إذا ثبت أنه للغائب اشتــراها قبل عقد البــيع والإشهاد أنه لفلان يشترى.

وأما على إقراره بذلك بعــد الشراء فلا يقبل ولا يزيل العــهدة عنه ، ثم إن قدم الغائب وأقر بمثل ذلك ، فالشفيع مخير في أن يقبل ذلك ، ويبرأ الوكيل من العهدة، ويكتبها على هذا ، ثم لا رجوع له على الوكيل بعد ذلك إن كانت استحقاقا .

وإن اختار عهدته على الوكيل فذلك له ، فإن وقع استــحقاق فهو مخير في اتباع أيهما شاء إلا أنه إن رجع على الوكيل رجع الوكيل على الموكل بإقراره له .

ومن « المدونة » : قال مالك : والغائب على شفعــته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء ، وإن لم يعلم فهو أحرى وإن كان حاضراً .

ابن المواز : وقاله مـالك وأصحابه وقد روى أشـهب أن النبي ﷺ قال : « ينتظر وإن كان غائبًا » .

قال أشهب : وقضى عمر بن عبد العزيز بالشفعة للغائب بعد أربع سنين .

قال مـالك : إلا أن يقدم بعـد طول الزمان ، مما يجـهل في مثله أصـل البيع ، ويموت الشهود ، فالشفعة منقطعة .

وأما في قـرب الأمر مما يرى أن المبـتاع أخـفى الثمن ليـقطع الشفـعة ، فلتـقوم الأرض على ما يرى من ثمنها يوم البيع فيأخذها به .

قال أشهب : إلا أن يكون غيبة الشفيع قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص ، فطال زمانه بعد علمه بوجوب الشفعة ، فلا شفعة له وهو كالحاضر .

قال غيره في « المجموعـة » : وليس المرأة ولا الضعيف ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مـثل غيـرهم ، وإنما فيـه اجتـهاد السلطـان ، ويكتب سلطان بلد المشتـرى الكتاب إلى سلطان بلد الشفيع ، فيوقفه فإما أخذ وإما ترك .

وقال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : والمريض الحاضر والصغير والبكر كالغـائب ولهم بعد زوال ذلك العذر ما للحـاضر ، سواء كان الغـائب والمريض عالمًا بشفعته أو جاهلاً .

وقال أصـبغ : المريض كالـصحيح ، إلا أن يشـهد في مـرضه قبـل مضى وقت الشفعة أنه على شفعته وأنه ترك التوكيل عجزًا عنه ، وإلا فلا شيء له بعد ذلك كله.

قال ابن حبيب : والأول أحب إلينا .

ومن « المدونة » : قال مـالك : ومن اشترى دارًا وشـفيعهـا حاضر ، ثم سـافر الشفيع بحـدثان الشراء ، فأقام سنين كثيـرة ثم قدم فطلب الشفعة بسـفره ، فإن كان سفـره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقـطع بمثله شفعـة الحاضر فجـاوزه ، فلا شفعة له . فإن كان سفرًا يؤوب منه قبل ذلك ، فعاقه أمر يعذر به فتخلف له ، فهو على شفعته ، ويحلف بالله ما كان تاركًا لشفعته ، أشهد عند خروجه أنه على شفعته أم لا .

وإذا اكتـرى الشفيع الشقص من المبـتاع ، أو ساومـه به ليشتريه ، أو سـاقاه في النخل ، فذلك قطع لشفعته .

ابن المواز : وقال أشهب : لا يضره ذلك وهو على شفعته ، لأنه يقول : أكترى منك أو أساقيك كـما لو اكترى منك غـيري أو ساقاك بحضـرتى وعلمى ، ويقول : ساومـته لأروزه ، فإن أعطانيـه بأقل وإلا أخذته بشفـعتى ، وكمـا لو ساومه غـيرى بحضرتي وعلمى ، ثم لا يقطع ذلك شفعتى .

وكذلك لو حضر وهو يباع في المزايدة ، فزاد فيـه ثم بيع بحضرته فطلب شفعته كان ذلك له .

ابن المواز : قال أشهب : ولو قاسم المشترى الشفيع بعد الشراء ، كان ذلك قطعًا لشفعته .

في اختلاف الشفيع والمبتاع ، أو البائع والمبتاع في الثمن

قال ابن الـقاسم : وإذا اختلف الـشفيع والمبـتاع في الثـمن صدق المبـتاع ، لأنه مدعى عليه ، إلا أن يأتى بما لا يشبه الثمن مما لا يتغابن الناس بمثله ، فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللصيقة بداره ، فيزيد في ثمنها ، فالقول قوله وإذا أتى بما يشبه .

م : لم يذكر هاهنا في اختلاف المبتاع والشفيع يمينا .

قال ابن المواز : إن ادعى الشفيع أنه حضر المبايعة ، فعلم أن الثمن أقل مما ادعى المشترى حلف المشترى ، وإن كان لا حقيقة عنده لم يلزم المشترى يمين .

م : وهذا صواب ، لأن إحلافـه من غير تحقيق ضـرب من التهم لا يلزم اليمين فيها ، إلا لمن يليق به .

قال ابن القاسم : وهذا أتى بما يشبه .

وقال أشهب : القول قول المشترى بلا يمين إذا أتى بما يشبه .

وإن أتى بما لا يشـبه فالقـول قوله مع يمينـه ، إلا أن يكون ملك مجـاور لها أو سلطان فيصدق فيما لا يشبه الثمن بلا يمين .

ومن « المدونة » : قال : وإن أقـاما بيـنة وتكافأت في العـدالة كانا كـمن لا بينة لهما، ويصدق المبتاع ، لأن الدار في يديه .

قال سحنون في « المجموعة » : لا يبطلان في التكافؤ ، والبينة بينة المبتاع وليس

من التهادر لأنها أزيد ، كاختلاف المتبايعين في الثمن ويقيمان البينة ، فالبينة بينة البائع ، لأنها زادت [ق/٩٣ / ٩ب] .

وكذلك المبتاع والشفيع .

وقال أشهب مثله .

م : هذا إذا كانت الشهادة في مجلس واحد ، فقيل : إنه كاذب ، وقيل : يقضى بالبينة الزائدة .

وفي «كتاب محمد» : إن كانت الشهادة في مجلس ، فالقول قول بينة الشفيع إن كانوا عدولاً وإن كان الآخرون أعدل ، لأنه إن كانت بينة الشفيع قبل فقد زاده المبتاع بعد الصفقة .

وإن كانت بعد فهي وضيعة من الثمن .

وإن كانت شهادتهم على صفقة واحدة ومجلس واحد ، قضى بأعدلهما ، فإن تكافؤوا سقطت ، وكان القول قول المشترى مع يمينه .

قال سحنون : وإذا لم يقيما بينة وظهر للحاكم في ثمن الشقص تجاوز إلى ما لا يشبه التغابن فيه ولا لزيادة ملك يجاوره ، وكان الأغلب أنه حيلة لقطع الشفعة ، فليرد إلى ما أشبه ذلك وأقر به من قيمة الشقص .

وإن ادعى الشفيع علم الثمن مضى لربه مع يمينه ، إلا أن يأتى بأقل من القيمة .

ابن المواز : وإذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن ، فصدق البائع أحدهما لم ينظر إلى قول البائع وإن كان عدلاً جائز الشهادة ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، والقول قول المشترى ، ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه .

واختلفوا إذا أتى المشترى بما لا يشبه ، فروى أشهب عن مالك أن المبتاع مصدق فيما يشبه بغير يمين ، وفيما لا يشبه بيمين ، إلا أن يكون ملك مجاور لها أو سلطان، فيصدق فيما لا يشبه الثمن بغير يمين .

وإن لم يكن كذلك فلابد من يمينه إذا أتى بما لا يشبه ، وإن نكل حلف الشفيع على ما ادعى واستحق به الشفعة.

م : وذكر الشيخ محمد عن ابن القاسم مثل ما في « المدونة » .

ابن المواز : وإنما ذلك كله إذا لم يدع الشفـيع أنه قد حضـر مبايعـتهم ولم يعلم الثـمن كم هو ، فأمـا إذا ادعى علم الثـمن لم يكن بد من يمين المشـترى ، فـإن لم يحلف حلف الشفيع ولـم يكن عـليه غير ما حلف عليه من الثـمن ، وهو قول مالك في موطئه .

م : وقد اختلف إذا أتى المشترى في ثمن الشـقص بما لا يشبه ، وأتى الشفيع بما لا يشبه ، فأعدل الأقاويل أن يحلفا جميعًا ويأخذ الشفيع بالقيمة .

وإن نكل أحدهما وحلف الآخر ، كان القـول قول الحالف وإن طال الزمان حتى نسى الثمن وقال المشترى : لا أعرفه لطول الزمان وغيبة الشفيع سقطت الشفعة .

وإذا كانت دار في يد رجل فـأقام رجل البـينة أنه اشتراها مـنه ، وأقام الذى في يديه البينة أنه اشتـراها من المدعى ، فإن وقفت حكم بأخرهمـا وقتًا ، وإن لم تؤقت تحالفا وقسمت بينهما إن لم تكن في يد واحد منهما أو في أيديهما جميعًا .

فإن كانت في يد أحدهما فهى له بعد يمينه .

وإذا كان ذلك شقصًـا وكان في أيدى أحدهما فحلف ، أخذ الشـفيع منه بالثمن الذى يقر به وإن كانت بأيديهما أخذ من كل واحد بالثمن الذى أقر أنه اشتراه به .

ومن « المدونة » : قـال في باب بعـد هذا : وإذا قـال البـائـع : بعت الشـقص بمائتين، وقال المبتـاع : بمائة ، وقال الشفيع : بخمسين ، أو لم يدع شـيئًا ، فإن لم تفت الدار بطول الزمان وتغير الأسواق ، أو بهدم الدار أو تغير المساكن أو بيع أو هبة ونحوه ، وهى بيد المبتاع أو البائع ، فالقول قول البائع ، ويترادان بعد التحالف ، ثم ليس للشـفيع أن يقـول : آنا أخذها بمائتين ، ولا يرد البـيع ، ولا شفـعة حـتى يتم البيع، فتصير العهدة على المبتاع ، وها هنا هي على البائع ، ألا ترى أنه لا شفعة في هبة الثواب إلا بعد العوض .

م : **قال بعض الفقهاء** : يشبه أن لو رضى الشفيع أن تكون عهدته على البائع أن يأخذ منه بالشفعة ، كما قيل : إنه لو أقر بأنه باع هذا الشقص من فلان الغائب : إن للشفيـع أن يأخذ منه ، على أحد القولين . فـإن جاء المشترى فأنكر ، فـاختلف في ذلك ، فقيل : تبقى عهدته على البائع إن شاء ، واستحسنه محمد .

وقيل : يرد الشقص .

ومن « المدونة » : قال :وإن تغيـرت الدار بما ذكرنا وهي بيد المبـتاع ، صدق مع يمينه وأخدها الشفيع بذلك .

قال ابن المواز : وأشهب يخالف في هذا الأصل ويرى أن يتحـالف المتبايعان وإن فاتت السلعـة ، ويلزم المشترى قـيمتهـا يوم الصفقـة ، إلا أن تكون القيمة أكـثر من دعوى البـائع ، أو أقل مما أقر به المشتـرى ، ثم يكون للشفيع الشـفعة بما تستـقر به القيمة .

قال ابن المواز : وإذا لم تتغـير الدار بشيء ، فحلف البـائع أنه باع بمائتين ، فإن نكل المبتاع لزمه الشـراء بمائتين ، وأخذها الشفيع بشفعـته بمائة ، لأنه الثمن الذى أقر به المشترى .وقال إن البائع ظلمه وأخذ ما ليس له .

وقال ابن عبد الحكم وأصبغ في « الواضحة » : بل يأخـذها بمائتين لأن المشترى يقول : إنما خلصت الشقص بهذه المائة الثانية ، فصرت كأنى ابتدأت الشراء بمائتين ، لأنى لو حلفت لانتقض البيع ولم يكن للشفيع شفعة .

قال محمد : ولو رجع المشترى عن قوله إلى قول البائع لما قُبل ذلك منه .

م : قال بعض الفقـهاء : انظر لو غرم على الشقص غرمًا ، هل يأخـذه الشفيع بالثمن وبما غرم عليه ؟

وقد اختلف فيمن اشترى شيئًا من أيدى اللصوص ، هل يأخذه ربه بغرم أو بغير غرم ؟

وبعد هذا باب فيه شيء من اختلاف المبتاع والشفيع .

القضاء في عهدة الشفيع ، وإلى من يدفع الثمن [ق / ٩٤/ ٩ب]

قال مالك : والقضاء أن عهدة الشفيع على المشترى خاصة ، وإليه يدفع الثمن ، كان بائعـه قد قبض الثمن أو لم يقـبض ، لأن البيع حصل في ملك المشـترى بنفس العقـد ، والهلاك منه قبل القبض وبعـده ، فإذا تم البيع فقـد صح ، إنما يأخذه من المشترى بعد تعذر ملكه عليه ، فوجب أن تكون العهدة عليه .

ولأن الأخذ بالشفعة كالبيع والمشترى إذا باع فالعهدة عليه .

قال مالك : ولو غاب المبتاع قبل أن ينقد الثمن ولم يقبض الدار ، نظر الإمام في

ذلك ، والبائع له منع الشقص حتى يقبض الثمن ، فإن شاء الشفيع أن ينفذه ويقبض الشقص ، فذلك له وعهدته على البائع ، لأنه عنه أدى .

ابن المواز : وقاله أشهب ، وبه أقـول ، إن كانت غيبته قريبـة كتب السلطان إليه حتى يقدم ، فيكتب الشفيع عهدته عليه .

وإن بعدت غيبته قضى للشفيع بشـفعته ، وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن كان لم يقبضه .

وإن كان البـائع قد قبضـه أخذه الإمام من الشفـيع فأوقفـه للمبتاع وكـتب عليه العهدة .

فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه .

ومن « المدونة » : إذا كان على المبتاع الشقص دين ، فلم يقبض الشقص ولا دفع الثمن إلى البائع حتى قام غرماؤه وقام الشـفيع ، قيل للشفيع : ادفع الثمن إلى البائع قضـاءً عن المبتاع ، واقبض الدار ولا شيء للغـرماء ، لأن البائع منع الشـقص حتى يقبض الثمن ، ولأن الشـفيع لو سلمها بيعت الدار وأعطى لـلبائع الثمن الذى باع به وكان أحق به من الغرماء ، إلا أن تقـوم غرماء المبتاع فيقسـموه ، فيكون البائع أولى بداره ، إلا أن يضمن له الغرماء الثمن .

م : ولو مات المشتـرى وقد سلم إليه البائع الشـقص ولـم يقبض ثمنه لوجب أن يكون للشفيع أخذه ، ويكـون ما يدفعه الشفيع مالاً من مـال الميت ، يكون البائع فيه أسوة ، لأنه قد سلم الشقص .

وقد وقع في «كتـاب محمد» : أن المشتـرى إذا مات وقد قبض الشـقص فأخذه الشفيع ودفع الثـمن ، إن البائع أحق بثمنه ، وفي ذلك ضعف ، والرواية الصحـيحة «إذا غاب » ، ويقضى للشفيـع بالشفعة في غيبة المبتاع كـالقضاء عليه ، ويكون على حجته إذا قدم .

وكذلك من اشترى شقصًا من دار لرجل غائب كان للشفيع أن يأخذه بالشفعة .

ما جاء في الشفعة فيما اشترى بدين

قال مالك : ومن ابتاع شقـصًا بثمن إلى أجل ، فللشفـيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان مليًا أو أتى بضامن ثقة ملى .

قال ابن القاسم : وإن قال البائع للمبتاع : أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى الأجل ، لم يجز ، لأنه فسخ ما لم يحل من دينه في دين على رجل آخر .

وإن عجل الشفيع الثمن فللمبتاع قبضه ، ثم أمر عليه أن يعجله للبائع ، وليس للبائع أن يمنعه من قبض الدار .

ابن المواز : إذا كان الشفيع عديمًا لم يأخذه إلا بحميل ثقة ، ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه . وإن كانا مليين ، فقال أشهب : إن لم يكن الشفيع مثله فى الملاء، فليأت بحميل ملى ثقة المشترى وملائه .

ابن المواز : ليس ذلك عليه إذا كان مليًا ثقة .

وإن كان المبتاع أملأ منه ولم يشترط ، في هذا رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك ، حتى يكون مثله في الثقة والملاء ، وإنما قال : إن كان الشفيع مليًا فله الشفعة إلى ذلك الأجل ، وإن اتفقا في العدم فأبى المبتاع تسليم الشفعة إلا بحميل واحتج بتفضيل البائع له أو جهله بعدمه ، فلا حجة له ولا حميل له .

وإن كان أعدم منه فليأت بحميل في مثل عدم المبتاع أو ملائه .

وقال ابن المواز: إذا كان الشفيع عديمًا فلا شفعة له إلا بحميل ثقة ، كان المبتاع عديمًا أو لم يكن .

وقال أشهب : وإذا اشتراه بثمن مؤجل بحميل أو رهن ، فقام الشفيع وهو أملأ له ، فإن لم يجد حميلاً أو رهنًا مثله ، فلا شفعة ، ولو جاء برهن لا شك أن فيه وفاء لم يقبل منه إلا مثل الأول .

ولو كان برهن وحميل ، فجاء برهن ولم يقدر على حميل ، فلا شفعة له .

ابن المواز : وأصبنا لأشهب أنه إن كان الشفيع أملأ من الحميل ومن الغريم ، فله أن يأخذ بلا رهن ولا حميل .

ابن المواز : والأول أولى عندنا .

قال عبد الملك : وإن لم يقم الشفيع حتى حل أجل الدين ، أدى الثمن ، فللشفيع من الأجل مستأنفًا مثل أجل المشترى الأول .

فإن كان ثقة دفع ذلك إليه ، وإن لم يكن ثقة قيل له : ائت بحميل ثقة .

وكذلك ذكر ابن حبيب عنه وعن مطرف ، وزاد : فإن عجز عن ثقة ولم يكن

هو ثقة ، قطع السلطان بشفعته .

فإن وجـد ثقة ما بينه وبين حلول أجل الثـمن أو بعده ، فلا شفـعة له ، وذلك كعجزه عن الثمن إذا أوقفه السلطان .

قال ابن حبيب : وقال أصبغ : إذا قام بعد مـحل الأجل ، فلا يأخذ الشفيع إلا بنقد .

ابن حبيب : وبالأول أقول ، وهو قول مالك .

م : وهو أصوب ، لأن الشفيع يجب أن ينتفع بتأخير الثمن كما انتفع المشترى.

ومن « المجموعة » و«كتاب محمد» وابن حبيب : قال عبد الملك : وإن كان إنما اشترى الشقص بدين على البائع إلى سنة ، فلا يأخـذه الشفيع إلا بقيمة الدين عن ما ينقده الآن ، لأن الدين عرض من العروض .

وكذلك إن لم يقم الشفيع حتى حل الأجل .

قال ابن عبدوس : وقال مثله سحنون إلا أنه قال : يقوم الدين بعرض نقدًا ، ثم يقوم العرض بعين ، ثم يأخذ الشفيع بذلك .

قال ابن المواز وابن حبيب : قال مالك : لا يأخذه الشفيع إلا بمثل ذلك الدين أو يترك .

وكذلك إن كان البائع عديمًا بذلك الدين ، فلا يأخذه [ق/ ٩٥ / ٩ب] إلا بمثله أو يترك ، وقاله أشهب عن مالك .

وقال : لا قيمة في الذهب والفضة ، وإنما القيمة في العروض .

قال ابن المواز : وإن اشتراها منه بعد حلول الأجل لم يأخـذها الشفيع إلا بالقدر بعينه .

قال عبد الملك في « المجموعـة » و«كتاب محمد» : فإن اشترى بكتابة مكاتب ، أخذه بقيمة الكتابة عرضًا ، يقوم على أنه يعجز أو يؤدى ، فإن عجز فهو رقيق لبائع الشقص .

ابن المواز : قال أشهب : وإن اشتـراه بعرض موصوف ، فللشـفيع أخذه بقيـمة العرض إلى أجله علـى مثل من هو عليه في يسـره وعدمه واسـتقامـته ولدده ، ولا يجوز له أن يأخذه قبل معرفتهما بقيمته .

ابن المواز : وهذا غلط ، فلا يأخذه إلا بمثل العرض إلى أجله ، وإنما تؤخذ القيمة نقدًا في شرائه بعرض بعينه ، ولأنه إذا استحق العرض المعين قبل قيام الشفيع انفسخ البيع ، وفي استحقاق الموصوف لا ينفسخ البيع ، فالشفعة فيه قائمة .

في أخذ بعض الشفعاء وأخذ بعض الصفقة أو الصفقات

قال مالك : ومن ابتاع شقصًا من دار له شفيعان ، فسلم أحدهما فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته فقط إذا أبى عليه المبتاع ، فإما أخذ الجميع أو ترك .

وإن شاء هذا القائم أخذ الجميع ، فليس للمبتاع أن يقول له : لا تأخذ إلا بقدر حصتك .

قال ابن حبيب عن أصبغ : إن كان تسليم من سلم على الهبة للمبتاع والصدقة عليه به ، فليس للآخذ إلا بقدر سهمه ، وللمبتاع سهم من سلم .

وإن كان على ترك الشفعة وكراهة أخذها ، فللمتمسك أخذ جميعها .

قال عبد الملك : فإن قال الأول للآخذ للجميع لما قدم الآخر : أنا أسلم الجميع إليك ، فليس له ذلك إلا برضى القادم .

فإن رضيا بذلك ثم جاء ثالث ، فإنما طاع به الأول للثاني مما هو فوق ما يلزمه بيع يأخذه الثالث من الثاني بالشفعة ، إلا أن يشترك الثاني فيه بقدر حقه مما يصيبه في ذلك من الشفعة . وإن كان الثاني هو التارك للأول إلا قدر ما يصيبه مع جميع شركائه ، فليس بيع ،ولا شفعة فيه إلا الشفعة الأولى يأخذ منها الثالث بقدر حقه لو حضر معهما .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن ابتاع شقصًا من دارين في صفقة ، وشفيع كل دار على حدة ، فسلم أحدهما ، فللآخر أن يأخذ شفعته في التى هو شفيعها دون الآخر .

قال ابن القاسم : ومن اشترى ثلاثة أشقاص من دار أو من دور ، في بلد أو في بلدان ، من رجل أو من رجال ، وذلك في صفقة واحدة ، وشفيع ذلك كله واحد، فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم .

وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته في نخل ، ومن آخر حصته في قرية ، ومن آخر حصته في دار في صفقة واحدة ، أو كان بائع ذلك كله واحد ، أو شفيع ذلك كله واحد ، فإما أخذ الجميع أو يدع .

وقال أشهب وسحنون في غير « المدونة » : له أن يأخذ من أحدهم ، وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه .

قال بعض الفقهاء : وكلام أشهب أظهر ، لأن المأخوذ منه لا ضرر عليه إن أخذ منه جميع ما بيده ،ولا حجة له بالتسليم إلى شريكه ، إلا أن يكونا متفاوضين فيصح جواب ابن القاسم ، لأن المتفاوضين كرجل واحد ، فيصير كأنه أخذ بعض صفقته ، لأن ما يبقى هو بين الشريكين .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن اشترى حظ ثلاثة رجال في ثلاث صفقات ، فللشفيع أن يأخذ ذلك جميعه ، أو يأخذ أي صفقة شاء .

فإن أخذ الأولى لم يستشفع معه فيها المبتاع .

وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة فيها بقدر حصته الأولى فقط .

وإن أخذ الثانية خاصة كان للمبتاع معه الشفعة فيها بقدر صفقته الأولى فقط .

وإن أخذ الثالثة خاصة تبع المبتاع فيها بالأولى والثانية .

وفي «كتاب محمد» : وإذا كانت دار بين أربعة إخوة أرباعًا ، فغاب ثلاثة وباع الحاضر ربعه من رجل في ثلاث صفقات ، ثم قدم واحد ، فإن أخذ الصفقة الأولى من الربع المبيع ، لم يأخذ معه المبتاع فيه .

وإن أخذ الأخيرة استشفع معه المشترى بالصفقتين الأولين ، كان ثلث الربع مقسومًا بينهما على على خمسة أسهم : للمشترى سهمان وللقادم ثلاثة ، ثم إن جاء آخر فسلم الصفقتين الأولين كان ثلثا الربع مقسوما بينهم على ثمانية أسهم ، للمشترى سهمان ، ولكل واحد من القادمين ثلاثة ثلاثة ، ثم إن جاء الثالث فسلم للأولين ، ضرب معهم أيضًا بثلاثة ، فيقسم ثلث الربع بينهم على أحد عشر سهمًا .

فإن أخذ هذا الثالث السهمين اللذين سلمهما الأول أضافهما إلى سهامه ، فضرب معهم بخمسة وإخوته بثلاثة ثلاثة .

وإن أخذها الاثنان ضربا بأربعة أربعة ، وضرب الذى سلمها معهم بثلاثة .

م : وإن كان الثالث إنما أخذ الثانية ، ضرب هو بأربعة وأولئك بثلاثة ثلاثة والمشترى بواحد .

وكذلك إن أخذ الأولى ، ضرب هو بأربعة والباقون بثلاثة والمشترى بواحد ، وهي الصفقة الثانية .

م : وهذا كله صواب وحسابه مستقيم .

ومن « المدونة » : قال : ومن ابتاع شقصًا وهو شفيعه مع شفيع آخر ، تحاصا فيه بقدر حصتهما ، يضرب فيه المبتاع بقدر حصته من الدار قبل الشراء ، ولا يضرب بما اشترى .

قال : ومن ابتاع شقصًا من دار له شفعاء غيب إلا واحد حاضر ،فأراد أخذ الجميع ومنعه المبتاع ، أخذ [ق/ ٩٦ / ٩ب] حظوظ الغياب ، أو قال له المبتاع : خذ الجميع ، وقال الشفيع : لا آخذ إلا حصتى ، فإنما للشفيع في الوجهين أن يأخذ الجميع أو يترك وإن قال الشفيع : أنا آخذ حصتى ، فإذا قدم أصحابي فإن أخذوا شفعتهم وإلا أخذت شفعتهم ، لم يكن له ذلك ، فإما أخذ الجميع أو ترك فإن سلم فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا ، ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا .

فإن سلموا كلهم إلا واحدًا ، قيل له : خذ الجميع أو دع .

ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم أن يأخذوا كلهم معه إن أحبوا ، فيأخذوا بقدر ما كان لهم من شفعتهم ، والصغير إذا لم يكن له من يأخذ له بالشفعة كالغائب ، وبلوغه كقدوم الغائب .

قال أشهب في « المجموعة » : وإذا أخذ الحاضر الجميع ثم قدم أصحابه فدخلوا معه في ذلك ، فهم في كتاب شفعتهم مخيرون ، إن شاؤوا كتبوا عهدتهم على الحاضر، لأنه أخذ لنفسه وضمانه منه ، وإن شاؤوا كتبوا عهدتهم على المأخوذ منه لشفعتهم ، وليس لهم أن يكتبوا ذلك عليهم جميعًا .

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا أخذ منه بعض وأبى البعض لم يكن للآخذ أن يأخذ بقدر حصته فقط ، ولكن يساوى الآخذ قبله فيما أخذ أو يدع .

يريد إن اتفق حظاهما .

وأما أن اختلف كان للآخذ أن يأخذ الجميع هو والذى أخذ قبله ، فيقتسمانه على قدر حصتيهما .

قال أشهب في « المجموعة » : وله أن يكتب عهدته عليك ، وإن شاء على المبتاع أنت وهو وخرقت أنت كتابك الأول .

قال عبد الملك : وإن قال الشفيع : أنا أسلم الجميع إليك ، فليس له ذلك إلا برضا القادم . فإن رضيا بذلك ثم جاء ثالث ، فإن ما طاع به الأول للثاني فوق ما يلزمه بيع يأخذه الثالث من الثاني بالشفعة ، إلا أن يشركه الثاني فيه بقدر حصته بما يصيبه في ذلك من الشفعة.

قال سحنون : وإذا حضر أحدهم فأخذ الجميع ، ثم باعه من أجنبى ، ثم قدم شفيع ثان ، فله أن يأخذ نصف هذا الشقص من المشترى الأول بنصف الثمن ويأخذ النصف الآخر من المشترى من الشفيع بنصف الثمن الذى اشترى به هذا الثاني .

قال سحنون : ومن اشترى شقصًا بنقد ، فباعه بدين ، وله شفيعان ، فقال أحدهما : نأخذ بالبيع الأول ، وقال الآخر : بالبيع الآخر ، فليس ذلك لهما أن يفرقا عليه الصفقة .

قال محمد : ابن المواز : وذلك إذا كانت الصفقة واحدة وإن كانت في صفقات، فللحاضر أن يأخذ أي صفقة شاء ، ثم إن قدم ثاني شركه فيها وكان له أخذ بقية الصفقات أو ما شاء منها .

ما يضاف إلى الشقص في البيع من عرض أو غيره

قال مالك : ومن ابتاع شقصًا من دار وعرض في صفقة بثمن ، والشفعة في الشقص خاصة ، فحصته من الثمن بقيمته من قيمة العرض يوم الصفقة ، تغيرت الدار بسكناه أو لم تتغير ، وليس للشفيع أخذ العرض ، لا ذلك عليه إن أباه .

م : فعلى قول من يرى الشفعة كالاستحقاق إن كان قيمة ذلك الشقص الجل ، فللمبتاع رد العرض على البائع ، لأنه استحق جل صفقته .

وعلى قولهم : إنه كبيع مبتدأ ، فلا رد له بحال .

ابن المواز : وكل ما بيع من الشقص مما لا شفعة فيه ، فليقبض الثمن عليه وعلى الشقص فأخذ الشفيع بما قابل الشقص منه وإن استوجبه قبل المعرفة بما يقع على الشقص لم يجزه .

وأما آلة الحائط وعبيده ودوابه فذلك كبعضه ، إلا أن يضاف إليه يوم الصفقة وقد كان أخرج منه قبل ذلك ، فلا شفعة فيه ويقبض الثمن .

وقال مالك وابن القاسم وأشهب فيمن اشترى شقصًا وبعيرًا بعبد : فإن كان العبد من الشقص قدر ثلث الجميع بالقيمة يوم الصفقة ، أخذه الشفيع بثلثي قيمة العبد ثم استحق البعير ، رجع بائع العبد بثلث قيمة العبد على بائع الشقص .

وإن ابتاع شقصًا وقمحًا بدنانير ، فلابد من تقويم القمح والشقص ، فيأخذ الشفيع بحصة ما يقع للشقص ، وليس للمشترى أن يقول : لا أدعك أن تفرق الصفقة ، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه ، والمشترى دخل على تفريق الصفقة ، بخلاف من اشترى أشقاصًا شفيعها واحد ، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بحصته من الثمن ، لم يكن له ذلك ، لأن الشفعة له في الجميع ، فهو المختار لتبعيض الصفقة ، فلا يترك ذلك .

في الشفيع يخير بما وقع به الشراء ، فيأخذ أو يترك ، ثم تبين له خلاف ذلك ، وفي تسليم الشفعة بمثل الشراء أو بعده على مال أو غير مال

قال ابن القاسم : وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم ، ثم ظهر أن الثمن دون ذلك ، فله الأخذ بالشفعة ، ويحلف ما سلم إلا بما ذكر له من كثرة الثمن .

ابن المواز : ولا يمين عليه عند أشهب في هذا خاصة ، لظهور سبب تسليمه ، فأما ابن القاسم فيرى اليمين في هذا وما أشبهه .

قال ابن المواز : وإذا قيل للشفيع : إن البيع وقع بمائة أردب قمح ، فسلم أو أخذ، ثم ظهر [ق / ٩٧ / ٩ب] أنه باع بدنانير ودراهم ، فله في تسليمه أن يرجع فيأخذ بالشفعة وإن كانت الدنانير أكثر من ثمن القمح لعذره في أخذه بالقمح ، لتعب كيل القمح وحمولته إلى موضع يقبضه البائع ، ويحلف بالله ما كان إسلامه إلا لذلك .

وأما في أخذه بالقمح ثم علم بالدنانير ، فلا رد له ، لأن الدنانير أخف مؤنة .

محمد : ابن المواز : إلا أن تكون الدنانير أكثر من ثمن القمح بأمر بيِّن ، فلو قيل له : بيع بدنانير مسماة ، فسلم ثم ظهر أنه بيع بقمح ، فهاهنا يلزمه تسليمه ، وإلا أن يكون القمح أقل ثمنًا ، ولو كان قد أخذ أولاً لم يلزمه إلا أن يشاء .

ولو قيل لك : بيع بمائة أردب قمح ، فسلمت ثم ظهر أنه عدس أو تمر أو شيء يكال ، فإن كان قيمة ما سمى لك أكثر ، فلك أن ترجع في شفعتك فتأخذها ، ولا يلزمك تسليمك ، ولا حجة لك في تعب الكيل ، لأنه واحد .

ولو ظهر لك أنه بيع بما يوزن من عسل أو زيت ، فلك الرجوع ، لأن الوزن أخف بعد يمينك أنك ما سلمت إلا لذلك .

ولو قيل لك بجارية صفقتها كذا ، يريد وقيمتها كذا أو كذا ، أو بعرض صفقته كذا ، فسلمت أو أخذت ثم تبين لك أن ذلك بدنانير ، فذلك يلزمك في التسليم والأخذ لأنك تؤدى القيمة ما لم تكن قيمة ذلك أكثر وقد سلمت ، فلك الرجوع ، أو يكون أقل وقد أخذت فلك الرجوع .

وكذلك لو سمى لك دنانير ، فأخذت ثم تبين لك أنه عرض أو حيوان ، فأخذك جائز لازم ، يريد ويدفع قيمة ذلك ما لم يكن القيمة أكثر .

فإن سلمت لزمك ، ما لم تكن القيمة أقل .

ولو قيل لك بجارية أو عرض ولم توصف ، فسلمت ثم ظهر أنه بدنانير ، فلا حجة لك ، لأن التسليم مع جهل مبلغ الثمن لازم ، وإنما يؤدى في العرض مالاً ، وإنما يكره الأخذ قبل معرفة الثمن ، وأما التسليم فلا .

قال ابن القاسم : إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون مثله ثمنًا لما سمى من جارية أو عرض لقلته ، مثل دينار أو عشرين درهمًا ، فلك الأخذ ، ولا يلزمك تسليمك .

ولو قيل له : بمائة دينار أو بمائة درهم ، ولم يوصف وزنها ، فأخذ لزمه بالوزن الذى يتبايع به يومئذ ، فإن وقع البيع على الأعلى من ذلك فهو مخير أن يأخذ أو يترك .

وإن سمى له قمحًا بكيله ،ولم يوصف ، فهو خفيف ، فإن أخذ لزمه إن كان بالوسط منه أو بدونه .

وإن كان بالأعلى من الوسط فإما أخذ أو ترك .

ولو قال المشترى للشفيع : أدِ الوسط ، لم يلزمه إلا أن يشاء ، إذ لا يلزمه قبول المعروف .

وكذلك لو قيل له : بمائة دينار ، فأخذ ثم ظهر أنه بمائة وخمسين فترك ،

فأسقط عنه المبتاع الخمسين الزائدة ليلزمه الأخذ فلا يلزمه إلا أن يشاء .

ولو قيل له بجارية أو عرض لم يوصف ، فأخذ فهو أخذ فاسد لا يلزمه .

وكذلك لو وصف له ولم يعرف القيمة ، فأخذه فاسد وينقض ، وإن وصفا جميعًا بالإقامة عليه بعد المعرفة لم يجز ، ولابد من فسخه .

وفي كتاب محمد : ابن المواز في باب آخر : إذا قيل له : إنه بيع بعبد ، فأخذ، فذلك جائز إذا عرفاه وإن جهلا قيمته .

فأما إذا كانت الشفعة إنما تجب بقيمة الشقص ، فهذا لا يلزمه الأخذ فيه إلا بعد معرفة قيمته .

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : وإن قيل له : قد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك ، فسلم ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصف ، فله القيام أيضًا في شفعته ، فلا يلزمه تسليم النصيب الذى سلم إن أراد المبتاع .

م : لأنه يقول : لم يكن لي غرض في أخذ النصف ، لأن الشركة بعد قائمة ، فلما علمت بأنه ابتاع الجميع أخذت لارتفاع الشركة وزوال الضرر .

قال ابن المواز : ذلك للمشترى ، ويلزم الشفيع إسلام النصف ، ويأخذ النصف الآخر بالشفعة ، أو يسلمه ، وهو قول أشهب .

قال : ولو كان حين قيل له : ابتاع فلان النصف ، قال : أنا آخذ ، ثم ظهر أنه ابتاع الجميع ، فله أخذ باقيه ، فإن أبى فالمبتاع مخير أن يقول له : أد النصف أو خذ الجميع .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فإن قيل له : ابتاعه فلان ، فسلم ثم ظهر أنه ابتاعه مع آخر ، فله القيام وأخذ حصتهما ، ولا يلزمه التسليم للواحد .

ابن المواز : لأنه يقول : إنى إن أخذت مصابه ممن لم أسلم له فقد تبعض الشقص عليَّ ، ولعل بعضه يضيق لقلته .

وقال أشهب : يلزمه التسليم الذي سلم له ، ويأخذ حصة الآخر ،ثم تكون الحصة الذى سلم أولاً بين المشتريين ، لأنهما شركاء في شرائه في صفقة واحدة إن رضيا بالتمسك بما سلم ، ويكتب عهدته عليهما فيما أخذ ، وإن شاء ألزماه أخذ ما

سلم ، أو سلم لهما جميع الشراء .

قال ابن المواز : وإذا كانا متفاوضين فليس له إلا الأخذ منهما جميعًا والتسليم إليهما جميعًا .

قال : ولو سميا له كلاهما ؟

فقال أشهب : له الأخذ من أحدهما والتسليم للآخر .

ابن المواز : وهذا إن لم يكونا متفاوضين .

وقال ابن القاسم : ليس له إلا أخذ الجميع أو يدع .

ابن المواز : قلت : فإن سمى لى المشترى فسلمت ، فإذا هو غير من سمى لى، فبدا لي فرجعت في أخذ شفعتى ؟

قال : ذلك لك كائن من كان الرجل .

قلت : فإن قلت : قد أخذت ،فإذا المشترى غير من سمى لى ، فقلت : لا حاجة لي به ؟

قال : ليس ذلك لك إذا كنت قد عرفت الثمن .

قلت : فإن لم يكن قد سمى لى أحد ، فقلت : قد سلمت ، فلما تبين لي قلت : قد أخذت ؟

قال : فلا رجعة لك هاهنا ولا حجة ، كائن من كان الرجل ، عدوًا أو شريرًا أو غيره .

قلت : فإن كنت قلت : قد أخذت ، فلما سمى لي بدا لي من الأخذ .

قال : فالأخذ لك لازم ، سمى لك الرجل [ق /٩٨ / ٩ب] أو لم يسم إذا سمى لك الثمن .

وإذا سمى له الثمن ولم يسم له المشترى ، فأخذ أو سلم ، لزمه ذلك .

م : صواب ، لأنه لما لم يسأل عن المشترى لم يكن له به حجة . وإن سمى له المشترى ، ثم تبين أنه غيره ، لزمه الأخذ ، ولم يلزمه التسليم ، لأنه في التسليم يقول : رضيت بشركة هذا لخيره وأمانته ، فإذا تبين أنه غيره لم أرض بمشاركته ، إذ لا أعلم حاله ، أو لأنه شرير .

ومن « المدونة » : وإذا قال الشفيع بعد الشراء : اشـهدوا أني قد أخذت شفعتي، ثم رجع ، فإن علم الثمن قبل الأخذ لزمه .

وإن لم يعلم به ، فله أن يرجع .

ابن المواز : قال أشـهب : وإن لم يعلم إلا بعد الأخـذ ، فعلم به ورضى ، لم يجز وفسخ ذلك على ما أحبا أو كرها ، ثم تكون له الشفعة بعد الفسخ .

من « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع ، فلا قيام له ، علم الثمن أو جهله .

م : إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون ثمنًا لمثله لقلته ، فلا يلزمه تسليمه .

وقد تقـدم لابن القاسم في مـسألة الذى قـيل له : بيع بجاريـة أو عرض ،ولم يوصف ، نحوه .

فصل

قال مالك : وإذا قال الشفيع للمبتاع قبل الشـراء : اشتر فقد سلمت لك الشفعة وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء ، لأنه سلم ما لم يجب له بعد.

م : ولأن من وهب ما لا يملك لم تصح هبته .

قال أشهب وعبد الملك : كمن أذن له ورثته أن يوصى بأكثر من ثلثه في صحته، فلا يلزمهم ذلك .

قال في كتاب ابن المواز : وإذا سلم في شقص بيع بخيار في أيام الخيار ، بعوض أو بغير عوض ، لم يلزمه وهو على شفعته .

قلت : فإن انقضى أجل الخيار ، ورضيا بما كان بينهما وأنفذاه ؟

قال : لا يجوز ذلك حـتى ينقضى فـعلهما ، لأن الشـفعة بيع ، يـحله ما يحل البيع، ويحرمه ما يحرم البيع، فإن فسخا ذلك بقضية أو بغير قضية استأنفا ما أحب.

ما جاء في هبة الثواب ، وفي الثمن يزاد فيه أو ينقص منه ، ومقاسمة المشترى وهبته وصدقته وبيعه وإقالته وتزويجه به وخلعه

قال مالك : ولا شفعة في هبة الثواب إلا بعد العوض .

قيل : فلم أجاز مالك الهبة لغير الثواب مسمى ؟

قال : لأنه وجه التفويض في النكاح ، وفي القياس لا ينبغي أن يجوز لك وقد أجازه الناس .

فصل

ومن اشترى شقصًا بألف درهم ثم وضع عنه البائع تسعمائة درهم بعد أخذ الشفيع أو قبل ، نظر فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم أو اشتروا بغير تغابن وضع ذلك عن الشفيع ، لأن ما أظهر من الثمن الأول إنما كان سببًا لقطع الشفعة وإن لم يشبه أن يكون ثمنه مائة .

م : يريد ، مثل أن يكون ثمنه ثلاثمائة أو أربعمائة لم يحط الشفيع شيئًا ، وكانت الوضيعة هبة للمبتاع .

وقال في موضع آخر : وإن حط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع ، وضع ذلك عن الشفيع .

وإن كان ما لا يحط مثله فى البيوع ، فهي هبة ، ولا يحط الشفيع شيئًا .

م : وهذا والأول سواء .

ابن المواز : وقاله أشهب .

وقال : هذا استحسان ، والقياس أن ما وضع من قليل أو كثير فهو موضوع عن الشفيع ، مثل ما لو باعه ابتداء بما لا يباع به مثله على التكايس بنصف ثمنه أو بثلثه على وجه الصلة والمعروف فإن الشفيع أولى بذلك ، فكذلك ينبغي إذا وضع البائع عن المشترى مثل هذه الوضيعة قبل أخذ الشفيع الشفعة أو بعده .

م : وقال الشافعي : لا يحط عن المشترى أصلاً .

ودليلنا أن الذى يلزم الشفيع أن يؤدى إلى المشترى ما عاوض به على الشقص - وهو الثمن الذى أدى - دون ما حط عنه لقوله - عليه السلام : « **هو أحق به بالثمن**» (١) ، ولأنه إذا حط عنه ما زاد على قيمة الشقص علمنا أن الذى أظهراه لم يكن الثمن وإنما الثمن ما بقى بعد الحطاط .

وأما إذا حط ما لا يشبه أن يكون الباقي ثمنًا للشقص علمنا أن ذلك هبة لا

---

(١) تقدم .

تتعلق بغلاء الشقص ولا برخصه ، فوجب ألا يحط عن الشفيع شيء ، وبالله التوفيق .

ابن المواز : وقال ابن القاسم فيمن باع شقصًا له في مرضه بمحاباة : أن بيعه جائز ، والمحاباة في ثلثه ، وللشفيع أخذه بالشفعة بذلك الثمن .

وكذلك إذا كان صحيحًا إلا أن يبيعه بما لا يشبه أن يكون ثمنًا لقلته ، فلا يكون فيه شفعة ، كان صحيحًا أو مريضًا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا زاد المبتاع للبائع في الثمن بعد البيع ، فإن للشفيع أخذه بالثمن الأول ، لأنه بيع قد وجب .

قال ابن القاسم وأشهب في « المجموعة » : وإذا قال البائع بعد البيع للمبتاع : قد استرخصتنى فزدنى ، فزاده فلا شيء على المبتاع من الزيادة .

قال أشهب : وللمبتاع أن يرجع على البائع بما زاده بعد أن يحلف ما زاده إلا فرارًا من الشفعة ، وإلا فلا رجوع له .

ابن المواز : وقال عبد الملك مثلها في الوضيعة ، وأما في زيادة المشترى للبائع فقال : يجب ذلك على الشفيع ، فإن شاء أخذ بما زاد أو سلم ، ولا يتهم المشترى ، أن يزيده إلا لصلاح البيع .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن اشترى شقصًا من دار له شفيع غائب ، تقاسم شريكه ، ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه ، إذ لو باعه المشترى كان للشفيع رد بيعه ، وقاله ابن القاسم وأشهب في « المجموعة » .

قال أشهب : وإنه ليأخذ [ق / ٩٩ / ٩ب] بالقلب أنه ليس له رد القسم ، لأنهم قاسموا من تجور قسمته .

قال سحنون : يمضى القسم ، وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع في القسم بالشفعة.

م : وإنما كان له نقض القسم على قول ابن القاسم ، لأنها شفعة وجبت له قبل القسم . وأما لو قاسمه هذا البائع ثم باع ، لم تكن له شفعة لانقطاعها بالقسم قبل البيع .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولو بنى فيه المشترى بعد القسمة مسجدًا ،

فللشفيع أخذه وهدم المسجد .

ولو وهب المبتاع مـا اشترى من الدار أو تصدق به ، كان للشـفيع إذا قدم نقض ذلك ودفع الثمن إلى الموهوب أو المتـصدق عليه ، لأن الواهب علم أن له شفـيعًا ، فكأنه وهبه الثمن ، بخلاف الاستحقاق .

ابن المواز : وقال أشهب : الثمن للواهب أو المتصدق به كالاستحقاق .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا ، لأنه بالبيع يأخذ ، فهو يفسخ ما بعده .

وقال سـحنون : إذ عليـه يكـتب العهـدة ، ولو عجله للمـوهوب لجعلت علـيه العهدة .

ومن « المدونة » : قال مـالك : ومن ابتاع شقـصًا ثم باعـه فتداولتـه الأملاك ، فللشفيع أخذه بأي صفقة شاء وينتقض ما بعدها ، وإن شاء أخذه بالبيع الآخر وثبتت البيوع كلها .

وكذلك أن يبـيع الشقص على المبـتاع في دين عليـه لغرمـائه في حيـاته أو بعد وفاته، فللشفيع الأخذ بالبيع الأول ، وينتـقض الثاني ، فإن شاء أخذ بالثاني ، وقاله أشهب وعبد الملك في « المجموعة » .

قال أشهب : فإن تبايعـه ثلاثة فأخذها من الأول ، كتب عـهدته عليه ودفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه بـه ، لأنه يقول : لا أدفع الشقص حتى أقبض ما دفعت ، ويدفع فضلاً إن كان إلى الأول .

وإن فضل للثالث مما اشـتراه به شيء رجع به على الثاني ، وليس للثالث حـبسه حتى يدفع إليـه بقية ثمنه ، ثم يرجع الثاني علـى الأول بتمام ما اشتـرى به الشقص منه .

وإن أخذها من الثاني ، فعهـدته عليه ، ويثبت بيع الأول ، ويدفع ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به ، ويدفع فضلاً إن كان للثاني .

وإن فضل للثالث ما اشـترى به الشقص ، رجع به على الثاني ، ولا تراجع بين الثاني والأول ، لتمام بيعهما .

وإن أخذها من الثالث كتب عهدته عليه وتم ما قبل ذلك من بيع .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن اشترى شقصًا ثم استقال منه ، فللشفيع الشفعة بعهدة البيع ، وتبطل الإقالة ، وليس له أخذها بعهدة الإقالة ، والإقالة عند مالك بيع حادث في كل شيء إلا في هذا ، فإن سلم الشفيع شفعته صحت الإقالة.

ابن المواز : وقاله مالك وأصحابه .

قال أشهب : وسواء كان البائع هو المستقيل أو المشترى ، لأنه لا يأخذ الشفيع إلا من المشترى ، وعليه يكتب عهدته .

ابن المواز : لأنه ينزل أمره أنه هرب من العهدة ، فلذلك تكتب عليه .

ابن المواز : وإذا سلم الشفيع شفعته ، ثم تقايل المتبايعان كان للشفيع الشفعة بعهدة الإقالة من البائع ، ويصير بيعًا حادثًا لزوال التهمة ، مثل ما لو تولاه لغيره لكان للشفيع الشفعة على من شاء منهما .

قال أشهب : وكذلك لو تقايلا بزيادة أو نقصان قبل تسليم الشفيع ، فله الشفعة على أيهما شاء .

قال أشهب : والقياس عندى إذا استقال البائع المشترى فأقاله بغير زيادة ولا نقصان وقبل تسليم الشفعة من الشفيع أن له أن يأخذ من أيهما شاء .

ولو قاله قائل لم أعبه ، ولكن الاستحسان أن لا تكون له شفعة إلا على المشترى لفراره من العهدة ، وبه أخذ محمد ابن حبيب .

قال مطرف وابن الماجشون : إن رأى أن التقايل بينهما كان لقطع الشفعة ، فالإقالة باطلة ، وللشفيع الشفعة بعهدة الشراء . فإن رأى أنها على وجه الصحة وإرادة الإقالة ، فهو بيع حادث ، وللشفيع الشفعة بأى البيعتين شاء .

وذكر عبد الوهاب أن مالكًا اختلف قوله على من تكون العهدة ؟

فقال مرة : تكون على المشترى وتبطل الإقالة .

وقال مرة : هو بالخيار ، إن شاء كتبها على البائع ، وإن شاء كتبها على المشترى.

ووجه هذا ، لأن الشفعة تجب بالصفقتين ، فبأى ذلك شاء أخذها منه .

ومن « المدونة » : وإذا اشترت المرأة شقصًا فخالعت به ، فإن شاء الشفيع أخذه،

وتكون العهدة على المرأة ، فليأخذه بالثمن الذى اشترته به .

وإن شاء كتب عهدته على الزوج ، وليأخذه منه بقيمته يوم وقع الخلع ، فإن أخذه من الزوجة بالثمن ، رجع عليها الزوج بقيمته يوم الخلع .

وكذلك قال مالك في الذى يشترى شقصًا فيتزوج به ، إن شاء الشفيع كتب عهدته على الزوج ، أخذه بالثمن ورجعت عليه زوجته بقيمته يوم وقع النكاح .

وإن شاء الشفيع أخذه من الزوجة يوم وقع النكاح وكتب عهدته عليها ، وبعد هذا باب فيما يعاب هذا .

في تأجيل الأخذ بالشفعة ، وفي الأخذ وفي الثمن ، وفي انهدام الشقص بعد الأخذ ، والقضاء على الغائب ، والوكالة فيها

قلت : فمن أراد الأخذ بالشفعة ولم يحضره الثمن لا يتلوم له الأيام .

قال مالك : رأيت القضاة عندنا يؤخرون الأخذ بالشفعة في النقد اليومين والثلاثة، واستحسنه مالك وأخذ به .

قال ابن المواز : إنما يؤخر هكذا إذا أخذ بشفعته ، فأما إذا أوقعه الإمام ليأخذ بشفعته [ق / ١٠٠/ ٩ب] وقال : أخروني اليومين والثلاثة ، لأنظر في ذلك ، فليس له ذلك .

ويقال له : تأخذ بشفعتك الآن في مقامك ، وإلا فلا شفعة لك ، وقاله أشهب في « المجموعة » .

وقال مالك في «مختصر ابن عبد الحكم» : يؤخره السلطان اليومين والثلاثة لينظر ويستشير .

ابن المواز : فإن أوقفه غير السلطان فذلك بيده حتى يوقفه السلطان ، فإن أخذ بالشفعة وطلب التأخير بالثمن ، فأخره السلطان اليومين والثلاثة ، فلم يأت به إلى ذلك الأجل ، فالمشترى أحق بها .

قال محمد عن أشهب ، وهو في « العتبية » عن ابن القاسم : وإذا طلب التأخير بعد الأخذ فأخر ، ثم يبدو له ويأبى المشترى أن يقبله ، فالأخذ قد لزم الشفيع .

فإن لم يكن له مال بيع عليه حظه الذى استشفع فيه وحظه الأول حتى يتم للمشترى جميع حقه ، ولا يقال إن يرضى المشترى أن يقيله .

ومن « **المدونة** » : قال مالك : وإذا أخذ الشفيع الشقص بالشفعة ، فلم يقبضه حتى انهدمت الدار ، فضمانه من الشفيع .

وكذلك في البيوع ما أصاب الدار بعد البيع وقبل القبض ، فمن المشترى في قول مالك .

فصل

ويقضى للشفيع بالشفعة فى غيبة المبتاع كالقضاء عليه ، ويكون على حجته إذا قدم وكذلك من اشترى شقصا من دار لرجل غائب كان للشفيع الأخذ بالشفعة ولك أن توكل بأخذ الشفعة ، غبت أو حضرت ، ولا يلزمك تسليم الوكيل إلا أن تفوض إليه في الأخذ أو الترك .

ولو أقر الوكيل أنك سلمتها فهو كالشاهد يحلف معه المبتاع ، فإن نكل حلفت أنت وأخذت ، فإن أقام الوكيل بينة أن فلانًا الغائب وكّله على طلب شفعته في هذه الدار ، مُكن من ذلك .

ما يحدث في الشقص من هدم أو بناء ، ولمن ثمن الهبة في الاستحقاق

قال مالك : والقضاء بالشفعة أن تباع ، لا يضمن الشفيع ما حدث عنده في الشقص من هدم أو حرق أو غرق .

قال ابن القاسم : أو ما غار من عين أو بئر ، ولا يحط الشفيع لذلك من الثمن شيئًا ، فإما أخذ بجميع الثمن أو ترك .

قال مالك : وكذلك لو هدم المبتاع البناء ليبنيه أو ليوسع فيه ، فإما أخذ ذلك الشفيع مهدومًا مع ما ينقصه بجميع الثمن أو الترك.

م : وإذا استحق نصفها وطلب أخذ بقيتها بالشفعة ، فله أخذ النصف المستحق مهدومًا ونصف نصفه ، وأخذ النصف الآخر بنقضه مهدومًا بالشفعة بنصف جميع الثمن إن شاء ، ولا يحط عنه للمهدوم شيء .

ولو تلف النقض بأمر من الله تعالى لم يكن عليه للنصف المستحق شيء ، لأنه لم يتعد ، وأخذ النصف المستشفع فيه بنصف الثمن ، لا يحط عنه لتلف النقض

شيء ، لأنه لم يأخذ فيه شيئًا .

وكذلك إن وهـب النقض فهلك عند الموهوب بأمـر من الله تعالى ، لم يـضمن ذلك المبتاع الواهب ولا الموهوب ، وأخذ الشفيع بنصف جميع الثمن .

م : **قال بعض الفـقهاء** كما قالوا فـيما ولدت الجارية المغصوبة فـوهبه الغاصب فمات عند الموهوب فلا ضمان على واحد منهما .

وإن باع النقض وكـان قائمًا ، فـالأحسن من الأقـاويل أنه لا شفـعة له إلا بأن ينقص بيع النقض ويأخـذه ، إذ هو قادر على ذلك ، وليس له أن يأخذ العـرصة بما ينوبها من الثمن مع وجود النقض إن رضي المشتـرى بذلك ، لأنه يصير أخذ العرصة بثمن مجهول ، وليس بمضطر إلى ذلك لما كان قادرا على أخذ النقض .

قيل : فإن عرف ما ينوب النقض من الثمن وما ينوب العرصة ؟

قيل : لا يلزم ذلك بائع النقض ، لأنه يقـول : إنما رضيت ببيع النقض برخص من الثمن رغبة في بقاء الأصل بيدى ، فـلا يلزمه ذلك إلا أن يرضى بذلك ، فيجوز ويصير كمن أرضاه على أن يأخذ بعض مال له فيه الشفعة وسلم بعضه .

فأما لـو قال المستحق : أنا أجـيز بيع نصيبى من الأنقـاض في النصف الذى قد استحقـته وأخذ النصف الآخر مع نصف العرصـة بالشفعة لكان للمشتـرى الخيار في النصف المستحق من الأنقاض .

فإن قيل : فلم كان للمشترى الخيار وهو لو استحق عليه نصف الأنقاض لم يكن له خيار ؟

قيل : لأن المستحق ها هنا قادر على إجازة بيع جملتها ما استحق وما استشفع ، أو أخذ جملتـها ، فليس له أن يأخذ بعضـها دون بعض ، كمن استـحق جملة سلع بيعت ، فـقال : أنا أجيز بـيع نصفها وأرد النصف ، لـم يكن له ذلك إلا على قولة لأصبغ أن ذلك له ، ولأشهب نحوها .

ومن « المدونة » : قال : ولو هدم المبتاع ، ثم بنى ، قيل للشـفيع : خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمَّر فيها .

قال أشهب : يوم القيام ، وله قيمـة النقض الأول منقوصًا يوم الشراء ، بحسب كم قيمة العرصة بلا بناء ، وكم قيمـة النقض مهدومًا ثم يقسم الثمن على ذلك ،فإن وقع منه النقض نصفه أو ثلثـه فهو الذى يحسب للشفـيع على المشترى ، ويحط عنه

من الثمن ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائمًا .

ابن المواز : وهو قول مالك وأصحابه .

م : وإنما قال : يغرم الشفيع قيمة العمارة يوم القيام ، لأن المبتاع هو الذى أحدث البناء ، وهو غير متعد فيه ، والأخذ بالشفعة كالاشتراء ،فعلى الشفيع قيمته يوم أخذه بشفعته ، وإنما حسب للشفيع على المبتاع قيمة النقض مهدومًا يوم الشراء [ق / ١٠١ / ٩ب] لأنه لم يكن في هدمه متعديًا ، فكأنه اشتراه مع العرصة مهدومًا ثم بنى به وهو في ملكه وضمانه فوجب أن يأخذ العرصة بقيمتها من قيمة النقض من الثمن يوم الشراء ، كما لو اشتراها مع عرض .

قال مالك : فإن لم يفعل فلا شفعة له .

قيل لابن المواز : وكيف يمكن أن يحدث بناء في مشاع ؟

قال : يكون قد اشترى الجميع وأنفق وبنى وغرس ، ثم استحق رجل نصف ذلك مشاعًا ، أو يكون شريك البائع غائبا ، فرفع المشترى إلى السلطان يطلب القسم - والقسم على الغائب جائز - فيقسم السلطان للمبتاع حقه بعد الاستقصاء وضرب الأجل ، ثم لا يبطل ذلك شفعة الغائب .

ومن « المدونة » : وقال في باب بعد هذا : ومن ابتاع دارًا فهدمها وبناها ، ثم استحق رجل نصفها واستشفع ، فإن دفع إليه في حصة الشفعة قيمة نصف بنائه ، وإلا فلا شفعة له ، ويقال له في النصف الذى استحق : ادفع إليه قيمة نصف بنائه يوم القيام أيضًا ، فإن أبى قيل للآخر : ادفع إليه نصف قيمة الأرض بغير بنيان إن كان قد هدم جميع بنيانها .

م : يريد ، ويرى النقض الأول بغير انتفاعه .

وأما لو بناها بنقضها لحسب للمستحق نصف قيمة ما سلم من نقض الدار مطروحًا يوم بنائه ، لأنه لم يكن عليه في هدمه تعدٍ ولا ضمان لما ذهب منه ، وهو في ضمان المستحق إلى حين إفاتة المبتاع بالبناء .

قال ابن القاسم : فإن أبيا كانا شريكين بقيمة ما لكل واحد منهما .

ابن المواز : وإذا صارا شريكين في النصف المستحق بما ذكرنا فله نصف النصف الآخر بالشفعة إن شاء بنصف الثمن وبنصف قيمة ما بنى قائمًا ، يريد يوم الحكم .

ابن المواز : فتكون الدار بينهما ، لأنه لما شاركه في نصفه الذى استحقه فقد احتبس نصف النصف المستحق . فله من شفعته بقدر ما أخذ في الاستحقاق ، ويحسب على المستحق فيما أخذ منه بالشفعة قيمة ربع بعض الدار منقوضًا يوم الشراء، لأنه قد أدى للمشترى قيمة ذلك مبنيًا مع نقضه .

م : ولو كان لما قيل للمشترى : ادفع إليه نصف قيمة عرصته ، فدفعها ، فأراد المستحق أخذ النصف الثاني بالشفعة ، فله ذلك على قول من رأى أنه إذا باع ما يستشفع به فلا يسقط ذلك شفعته ، وليس له ذلك على قول من قال : إذا باع سقطت شفعته.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن اشترى دارًا فهدمها وباع النقض ، ثم استحق رجل نصفها وقد فات النقض عند مبتاعه ، فإن المستحق إن لم يجز البيع في نصيبه أخذ نصفها ، ونصف ثمن النقض باستحقاقه ، ثم إن شاء أخذ بقيتهما بالشفعة ، فإن أخذ قسم نصف ثمن الدار على قيمة نصف الأرض وقيمة نصف الشقص منقوضًا يوم الصفقة - يريد صفقة شرائه - ثم أخذ نصف الأرض بما ينوبها، ولا ينظر إلى ثمن ما باعها به .

وأما ما قابل البعض من الثمن فلا شفعة فيه لفواته ، وثمنه للمبتاع .

وقال ابن المواز : إن باع البعض وقبض ثمنه ، فللمستحق أخذ نصف الدار بالشفعة بجميع ثمن النصف ، إلا أنه يحسب له على المشترى للشفيع في الثمن الأقل مما وصل إليه من نصف ثمن النقض أو من قيمته ملغى من الثمن أجمع بعد قبض الثمن على الأرض والنقض ملغى يوم الصفقة ، لأن المبتاع يقول : ليس لك على في ثمن النقض شفعة ، فيكون أحق به ، وإنما لك أخذ النقض إن وجدته قائمًا ، فإن فات فلك قيمة ما بيع عليه من الثمن .

وإن شاء قال : ما لك عليَّ إلا ما صار إليَّ من ثمنه ، إذ هو أقل من قيمته ، لأنى لو حابيت في ثمنه لم يكن لك عليَّ إلا ما صار إليَّ من ثمنه واتبع أنت بالمحاباة مشتريه ، وإن لم يصل إليَّ من ثمنه شيء ورهنته لم ينقص من ثمن الشقص شيء . وأما في النصف المستحق ، فله ثمن النقض على بائعه قلَّ أو كثر .

م : وقول ابن القاسم أبين ، لأن الأنقاض لما هدمت كانت كعرض اشترى مع

العرصة ، وهو لو باع العرض المشترى مع العرصة لم ينظر إلى ثمنه ، وكان له أخذ العرصة بما ينوبها من الثمن من قيمتها من قيمة العرصة ، فلذلك حكم النقض، والله أعلم .

ومن « المدونة » : ولو وجد المستحق النقض لم يُبع ، أو وجده قد بيع وهو حاضر عند مبتاعه لم يفت ، فله أخذ نصفه مع نصف العرصة بالاستحقاق ، وباقيها بالشفعة ، ولا يضمن المبتاع في الوجهين لهدمه شيئًا .

ابن المواز : وليس للشفيع أن يجيز بيع النقض ويأخذ ثمنه من بائعه مع نصف العرصة بشفعته بنصف الثمن ، لأنه لا شفعة له في الثمن ، كان الثمن عرضًا أو عينًا، وفي العين أشد وأحرم ، وكيف يحكم بثمن ما لم يملكه فقط ، ولم يضمنه بشفعته ، ولا يكون للشفيع أن يسلم بعض الصفقة ويأخذ بعضها ، فهذا يريد أن يأخذ الأصل ويسلم النقض .

قال ابن المواز : ولو أخذ نصف الدار باستحقاقه وسلم شفعته في النصف الثاني لكان لمستحق الشفعة في النقض ، لأنه صار شريكًا للمبتاع فيما باع من النقض أو من العرصة ، فلشريكه فيه الشفعة .

ابن المواز : وقد روى أشهب أن المستحق إذا أخذ نصف الدار بالشفعة ، أن له أن يأخذ ثمن ما بيع من النقض قلَّ أو كثر ، فإن كان أكثر من ثمن نصف الدار كما يأخذه عما استحقه [ق / ١٠٢ / ٩ب] وهو وهمٌ لم يصوبه أحد من أصحابه .

ومن « المدونة » : وإن أبى أن يأخذ ما استحق من الدار مهدومًا قيل له : فارجع على البائع بالثمن الذى باع به حصتك إن أحببت وإن هدم الدار أجنبى تعديًا وأتلف النقض ، فلم يقم عليه المبتاع حتى قام المستحق فاستشفع ، فله الشفعة فيما بقى من حصته بالتقويم ، كما لو باع المبتاع ينظر ما قيمتها بلا بناء ؟ وما قيمة البناء مهدومًا؟ فيقسم الثمن على ذلك ،فيأخذ العرصة بحصتها من الثمن بشفعته ، ثم يتبع المشترى الهادم بنصف قيمة ما هدم لكان له ويتبعه المستحق بمثل ذلك ، يريد : يتبعانه جميعًا بما بين قيمة الدار مهدومة وقيمتها صحيحة ، وهذا بخلاف ما انهدم بأمر من الله تعالى ، لأن المتعدى هاهنا ضامن ، فجرى مجرى البيع .

وقال بعض الفقهاء : لا يشفعه ذلك البيع ، لأنه في البيع إنما باع النقض مهدومًا وما أحدثه من الهدم ، فلا يضمنه ولا يحسب عليه فيه شيء ، والجاني ها هنا متعدٍّ

في الهدم ، وهو يتبع بما هدم قائمًا ، فكيف يربح المشترى ؟ وما قاله ابن القاسم فهو جارٍ على مذهبه ، لأنه يقول : إذا باعها بمائة ، وكان ما يقع عليه من الثمن في النقض خمسون ، لم يكن عليه إلا ذلك ، ويربح الخمسين ، فذلك إذا كان يأخذ في قيمة الهدم من الهادم مائة ، ويخص قيمته مهدومًا من الثمن خمسون ، أن ذلك له كالبيع .

وقول ابن المواز : إذا لم يقدر على الهادم ، فلا يأخذ الشفيع إلا بجميع الثمن كالهدم من السماء .

م : وهذا أبين ، لأنه إذا لم يقدر على الأخذ منه فلا نفع يصل إلى المشترى من ذلك، فهو كالهدم من الله تعالى ، وهذا لا يخالفه ابن القاسم ، لأن ابن القاسم قال: فلم يأخذ المشترى فيه ثمنا حتى استحق هذا نصف الدار ، وظاهر كلامه أنه ممن يقدر على الأخذ منه ، فلما استحق هذا وجب أن يطالبه كل واحد منهما بمائة قبله ، فأشبه ما يأخذ المشترى من الثمن في البيع .

ومن « المدونة » : قال : ولو كان المبتاع قد ترك للهادم قيمة ما هدم ، فللمستحق طلب الهادم بنصف قيمة ذلك من النصف المستحق ، ويسقط عنه حصة المبتاع .

وإن كان الهادم عديمًا اتبعه المستحق دون المبتاع .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وسواء كان المتعدى عديمًا أو موسرًا فإنه يحسب للشفيع على المشترى قيمة النقض ، كما لو باعه .

قال : وقال أيضًا ابن القاسم : إن هدمها أجنبى متعديًا ، فليتبعه مستحق نصفها بنصف قيمة الهدم .

وإن أخذ بالشفعة أخذ بنصف جميع الثمن ، ولا يحط للهدم عنه بشيء .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا .

وكذلك لو ترك المبتاع للهادم قيمة ما هدم ، أو وجده عديمًا فتركه ثم جاء الشفيع لم يكن له أن يأخذ الشقص المهدوم إلا بنصف الثمن ، لا ينقض للهدم شيء ، لأنه لم ينتفع ولكنه أمر نزل به مغلوبًا ، مثل الحرق والغرق وشبهه ، فمتى ما أخذ من المتعدى شيئًا ، كان ذلك للشفيع .

وذكر ابن المواز القول الأول عن ابن القاسم في كتاب الغصب .

قال محمد : وإنما ذلك إذا كان المتعدى موسرًا يقدر المشترى على أخذ ما وجب له عليه ، فأما من لا يقدر على أخذ ذلك منه فهو بمنزلة ما هلك بأمر من السماء ، فلا يأخذ ذلك بالشفعة إلا بالثمن كله .

فأما إن كان مليًا ، فللشفيع أن يحسب على المشترى قدر قيمة ذلك نقضًا يوم الشراء من قيمة العرصة من الثمن ، ويتبع المشترى الهادم بقيمة ذلك قائمًا يوم هدمه بالغا ما بلغ .

وقد جعله ابن القاسم مثل بيعه للشقص ، لأنه قد وجب له على المتعدى شيء يرجع به ، فهو بخلاف ما هلك بأمر من الله ، وذلك في الملى .

وقال أشهب في « المجموعة » : إذا هدمها رجل بيد المبتاع ظلمًا ، فللمستحق أن يأخذ من المبتاع نصف ما ابتاع مهدومًا ، ولا شيء له في الهدم ، ويأخذ بقية الدار بالشفعة ، يريد : نصف جميع الثمن .

قال : ويتبع هو الهادم بما بين قيمة الدار مهدومة وقيمتها مبنية .

وإن لم يستشفع اتبعه هو والمبتاع بذلك .

وأنكر سحنون قول ابن القاسم ، إذ جعله كالبيع .

وقال : يقول أشهب هذا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن اشترى دارًا فوهبها لرجل فهدمها ، أو وهب نقضها لرجل فهدمه ، ثم استحق رجل نصفها ، فلا شيء له على الهادم فيما هدم ، وهو كالمشترى .

ولو وهب الدار مبتاعها لرجل ، ثم استحق رجل نصفها ، وأخذ باقيها بالشفعة بثمن النصف المستشفع للواهب ، بخلاف من وهب شقصًا ابتاعه وهو يعلم أن له شفيعًا ، هذا ثمنه للموهوب إذا أخذه الشفيع .

ابن المواز : قال أشهب : بل الثمن للواهب في الوجهين كالاستحقاق ، وقد تقدم هذا .

قال ابن القاسم : ومن وهب لرجل أمة فاستحقت بحرية ، أو أنها مسروقة ،

فما رجع به من ثمنها فللواهب أو لورثته دون الموهوب له في الشفعة .

في البيع الفاسد والتولية فيه

قال مالك : ويفسخ البيع الفاسد في الدور وغيرها إذا لم يفت ، ولا شفعة فيه.

ولو علم به بعد أخذ الشـفيع فسخ بيع الشفعة والبـيع الأول ، لأن الشفيع دخل مدخل المشترى ، وكذلك لو باعها المبتـاع من غيره بيعًا فاسدًا لرد البيع الأول والآخر جميعًا إلا أن يفوت ، ويجب [ق / ١٠٣/ ٩ب] في ذلك القيمة ، فلا يرد .

ومن كتاب ابن المواز : وإن لم يفسخ بيع الشفعة حتى فاتت بيد الشفيع بما تفوت به الربح في البيع الفاسد ، فرجع البائع على المشترى بقيمته يوم قبضه لزم الشفيع ما لزم المشترى من ملك القيمة ، إلا أن تكون أكثر مما أخذ به الشفيع ، فالشفيع مخير، إن شاء رد الشفعة ، وإن شاء تمسك بها بتلك القيمة ما بلغت .

قال : وإن كان فوات الشقص عند المشترى قبل أخذ الشفيع ، ثم أخذه الشفيع، ثم ترادا البائع والمبتاع القيمة ، انتقضت الشـفعة بكل حال ، وخير الشفيع ، إن شاء أخذ بالقيمة التى رجع المشترى إليها ما بلغت ، وإن شاء سلم .

قال ابن المواز : بل ذلك سواء ، فات عند المشترى قبل الأخذ بالثمن الأول ، أو لم يفت حتى أخـذه الشفيع ، فقـد لزم الشفيع أخذه بما تراد به ، إلا أن يكـون أكثر فيكون مخيرًا بين أن يرده أو يأخذه بذلك .

م : **وقـال بعض الفقـهاء القـرويين :** إن فات الشـقص عند المشـترى قبـل أخذ الشفيع أخذه بالقـيمة . فإن لم يعلم وأخذه بالبيع الفـاسد رد ذلك إلا أن يفوت عند الآخذ بالشفعة ، فيكون عليه الأقل من قيمـته يوم قبضه هو ، أو القيمة التى وجبت على المشترى ، لأنه لا يقدر على رده لفواته عنده .

قال : إن قال : لا آخذ بالشفعة ، رد قيمة ما قبض .

وإن أخذ بالشفعة أخذ بمثل القيمة التى وجبت على المشترى .

فلو كان أخذه بالشفعة قبل الفوات ففات عنده كان عليه الأقل كما تقدم .

م : وهذا خـلاف مـا تقـدم لابن المواز ، وهذا أبين ، لأن الأخـذ بالشـفـعـة كالشراء.

فإذا فات عند الشفيع لزمته القيمة يوم قبضها ، فإن كانت أكثر قال أنا آخذ بما لزم المشترى .

ومن « المدونة » : وإذا لم يفسخ البيع الأول حتى فات ولزمت المبتاع قيمته يوم قبضه ، ففيه حينئذ الشفعة بتلك القيمة .

ابن المواز : وليس للشفيع أخذها إلا بعد معرفته بالقيمة التى لزمت المشترى .

فإن أوجبها على نفسه قبل معرفته بالقيمة ، فإن كانت وجبت فذلك باطل .

ومن **« المدونة »** : ويفيت الربع في البيع الفاسد البناء والهدم والغرس وبناء البيوت وعطب الغرس ، وليس تغير سوق الرباع فوتا ، ولا أعرف أن تغير البناء فوت ، أو طول المدة السنتين والثلاث فوت .

ابن المواز : وقال أشهب : حوالة الأسواق في الرباع فوت ، مثل تغيرها من الأشياء .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا فاتت الدار ببناء زاده المبتاع فيها لم يأخذ الشفيع حتى يدفع إلى المبتاع قيمة ما أنفق مع القيمة التى لزمته .

وإن انهدمت الدار لم ينتقض للشفيع الهدم شيئًا ، وقيل له : خذها بجميع القيمة التى لزمت المبتاع أو دع .

وإن باعها المشترى من غيره بيعًا صحيحًا ، فذلك فوت أيضًا ، وللشفيع الأخذ بثمن البيع الصحيح ، ويترادان الأولان القيمة .

وكذلك من ابتاع شيئًا من جميع الأشياء بيعًا فاسدًا ثم باعه بيعًا صحيحًا قبل أن يفوت عنده ، تم البيع الثاني ويترادان القيمة ، وليس للشفيع الأخذ بالبيع الأول الفاسد ، لأنا لا نريد البيع الذى أفاته ، ويعود بيعًا فاسدًا لا فوت فيه ، وهذا إذا لم تفت الدار ببناء أو هدم .

فأما إن فاتت بذلك فليأخذ الشفيع إن شاء بالثمن الصحيح ، أو بالقيمة في البيع الفاسد ، يريد : بعد معرفته بتلك القيمة .

قال : وإن لم يفت بهذا إلا أن المتبايعين ترادا القيمة بعد البيع الثاني ، فللشفيع أن يأخذ بأى ذلك شاء لتمام البيع ، يأخذ القيمة تراداها بقضية أو بغير قضية ، لأن

مبتاع الصـحة لو رد ذلك بعيب وجده بعد أن ترادا الأولان القيمـة ، لم يكن للمبتاع الأول ردها على البائع الأول بالبيع الفاسد ، لأنه بيع قد صح بيـنهما بأخذ القيمة ، ولكن له الرد بالعيب ويأخذ القيمة التى دفع .

وقد قال مالك في المكترى يتعدى الموضع فتـتلف الدابة ، فيغرم القيمة ثم توجد بحالها : فليس لربها أخذها ، لأنه قد أخذ قيمتها .

قال ابن عبدوس : قال سحنون : كيف يكون للمشترى الأول ردها بالعيب على البائع الأول ، والبـيع الأول قد انتقض ووجب فيـه القيمة لفـوته ، وإنما يجب عليه الرجوع بفضل ما بين القيمتين قيـمتها صحيحة وقيمتها معيـبة ، فيصير على المشترى غرم قيـمة ما فات في يده ، ولـيس له ردها ، كقولهم فيـمن تعدى على دابة رجل فضلت ، فغرم قيـمتها بعد أن وصفها وحلف ، ثم وجـدت على غير ما وصفت : فليس لربها أخذها ، وإنما له تمام القيمة .

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : ولا تجوز التولية في البيع الفاسد ويرد ، لأن المبتاع إن كان ابتاع على أن أسلفه ، فقد دخل الثاني مدخله .

ولو قال لـه : هذه السلعة قـامت عليَّ بمائة دينار وأنا أبيعـها منك بـكذا ، كان كاذبًا، لأنه إن كان اشـتراها بمائة على أن أسلفه عشرة دنانيـر وقيمة السلعة خـمسون دينارا ، فلم تقم عليه بمائة ، ويخـير المبتاع منه في أخذهـا بمائة أو ردها ، فإن فاتت بيده قبل أن يختار لزمه الأقل من قيمتها أو من المائة .

في شفعة ما اشترى المديان ، وبيع الشفعة ، ووكالة الشفيع على بيع الشقص أو شرائه ، والتداعي في الدور ، والكفالة في بيعها

قال مالك : ومن ابتاع شقصًا فيه فضل فقام غرماؤه في فلسه أو موته ، فللشفيع أخذ [ق / ١٠٤ / ٩ب] الشقص دونهم .

قال مـالك : وإذا ترك من أحـاط الدين بماله القيـام بشفـعتـه ، فليس لغرمـائه أخذها، وذلك إليه ، أخذ أو سلم .

ابن المواز : قال أشهب : وذلك ما لم يفلس ، فـإذا فلس فلغرمائه أن يمنعوه من أخذ الشفعة إذا كان ذلك نظرًا لهم وله ، وليس لهم أن يكرهوه على الأخذ بالشفعة.

وإن كان فـيه فضل كـثير ونـظر له ولهم ، كما لا يعـتصر لـهم ما وهب لابنه الصغير .

قال أشهب : والقياس أن لا يكون للشفيع أخذها لتباع لغرمائه ،لأنه إنما يأخذ لغيره كما ليس له أن يعتصر إذا فلس ، لأنه إنما يعتصر لغيره ، ولو قاله قائل لم أعبه، ولكنى آثرت الاستحسان من قبل أن ورثته يقومون بعد موته مقامه في الأخذ أو الترك ، وليس لهم اعتصار ما وهب .

وصوب سحنون قول أشهب الذى قال : إنه القياس في « المجموعة » واستجاده .

وقال : لأن الشفعة في السنة إنما هي للضرورة بالشفيع .

ابن المواز : قال أشهب : وإذا مات الشفيع فليس لغرمائه أخذ شفعته ، وذلك لورثته إن شاؤوا أخذوا أو سلموا .

فإن أخذها ورثته بمال الميت بيعت عليهم في دين الميت ، وأخذ الثمن والفضل.

فإن بقى شيء عن دينهم كان ميراثًا .

وإن أخذوها بمالهم بيعت أيضًا ودفع إلى الورثة رأس مالهم ، وقضى بالفضل دين الميت ، فإن لم يسو إلا رأس المال فأقر لم تبع عليهم .

قال ابن عبدوس : قال سحنون لمالك فيها تفسير ما لم يقع عليه أشهب ، وكانت تعجب سحنون ويراها أصلاً حسنًا ، وهى للمغيرة .

وقال سحنون : قال مالك : يبدأ بالورثة ، فيقال لهم : إن قضيتم الدين فلكم الشفعة ، لأن الميراث بعد الدين .

فإن أبوا وبيع ميراث الميت للدين ولا شفعة لهم ، لأن الشقص الذى يستشفع به قد بيع ولم يملكوه في حال ، ولا حلوا محل الميت لتبريهم من تركته .

قال المغيرة : ولا شفعة أيضًا للغرماء ، لأنهم لا يملكون الشقص الذى به الشفعة.

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال أخذه ، جاز .

وإن كان قبل الشراء ، بطل ورد المال وكان على شفعته .

قال مالك : ومن وجبت له شفـعة فأتاه أجنبى فقال له : خذها بشـفعتك ولك مائة دينار أربحك فيـها ، لم يجز ويرد ذلك إن وقع ، ولا يجوز له أن يأخذ شـفعته لغيره .

قال مالك : ولا يجوز بيعـه للشقص قبل أخذه إياه بشفعـته لأنه من بيع ما ليس عندك ، وهذا بخلاف تسليمها للمشترى على مال يأخذه منه ، فذلك جائز ، لأنه لم يبع منه شقصًا ، إنما باع منه حقًا وجب له .

فصل

قال مالك : ومن وكل رجلاً يبيع له شقصًا أو يشتريه ، والوكيل شفيعه ، ففعل لم يقطع ذلك شفعته .

ابن المواز : قال أشهب : لأن الشفعة إنما وجبت للوكيل بعد أن باع ، أو بعد أن اشترى .

ومن « المدونة » قال مالك : وإذا كانت دار بين رجلين ، فأقـام كل واحد منهما بينة أنه ابتاعـها من الآخر ، قـضيت بأعدلهـما ،فإن تكافـأتا بقيت الدار لمن هي في يده.

ابن المواز : وإن تداع رجلان شقـصًا ، كل واحد يدعى أنه اشـتراه من الآخر ، وهو بيد غـيرهمـا ، وأقام كل واحـد منهما بينة ، وكـان شهـادتهما فـي مجلس أو مجلسين ، ولم يؤرخا ، وتكافأتا في العدالة سقطتا وكان الشقص لمن يقر له به الذى هو في يده ، وللشفيع عليه الشفعة .

وإن قال الذى هو بيـده : لا أدرى لمن هو منهما ، قسـم بينهما بعد أيمانهـما ، ويأخذ الشفيع من كل واحد منهما النصف بما أقر أنه اشتراه به .

فإن نكلا لم يكن لهما من الشقص شيء ، ولا شفعة فيه .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، فهو لمن حلف ، ويؤخذ منه بالشفعة ولو كان بيد أحدهما ، فهو لمن هو بيده مع يمينه .

وإن نكل حلف الآخر ، وكان الشقص له ، ويأخذه الشفيع ممن قضى له به .

وإن كان أحدهما أعدل من الآخر ، ولم يؤرخا قضى بأعدلهما .

قال أشهب : وإن أرخت إحداهما ولم تؤرخ الأخرى ، قضى بالتى أرخت .

وإن أرختا جميعًا ، قضى بآخرهما تأريخًا ، ويأخذ الشفيع بأى الثمنين شاء ، ويكتب عهدته على من شاء أن يأخذ منه .

فإن أخذ من الآخر ، لم يرجع واحد منهما على صاحبه .

وإن أخذ من الذى لم يقض له به ، دفع إلى المقضى له به ما ذكر أنه اشتراه به، ودفع فضل ذلك إلى الآخر .

ومن « العتبية » : ومن ابتاع دارًا وأخذ من البائع كفيلاً بما أدركه من درك ، فبنى في الدار ثم استحقت ، لم يلزم الكفيل من قيمة البناء شيء ، ولكن يقال للمستحق: ادفع إلى المبتاع قيمة ما بنى أو خذ قيمة دارك ، فإن دفع ذلك وأخذ الدار، رجع المبتاع بالثمن على البائع .

فإن كان غائبًا أو عديمًا ، رجع به على الحميل .

في ثمن الشقص يفوت ، أو يرد بعيب ، أو يستحق قبل أخذ الشفيع أو بعده ، واختلاف الشفيع والمبتاع في قيمته ، واستحقاق الشقص أو رده بعيب ، والرجلين يدعى كل واحد أنه باع أو اشترى من الآخر

قال مالك : ومن ابتاع شقصًا من دار بعبد بعينه ، فمات العبد بيده ، فمصيبته من بائعه [ق / ١٠٥/ ٩ب] بائع الشقص ، وللشفيع الأخذ بقيمة العبد ، وعهدته على المبتاع ، لأن الشفعة وجبت له بعقد البيع .

قال : فإن أخذ الشفيع بقيمة العبد ، ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيبًا ، له رده ويأخذ من المبتاع قيمة الشقص وقد مضى الشقص للشفيع شفعته ،بخلاف البيع الفاسد الذى تبطل فيه الشفعة ، لأن البيع فسد لعينه ، والعيب لو رضيه البائع لتم .

وإن استحق العبد قبل قيام الشفيع ، بطل البيع ، ولا شفعة في ذلك .

فإن استحق بعد أخذ الشفيع فقد مضت الدار للشفيع ، ويرجع بائع الشقص على مبتاعه بقيمة الشقص كاملاً ، كان أكثر مما أخذ من قيمة الشفيع أو أقل ، ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع ، إذ الشفعة كبيع ثان .

ابن المواز : وقاله ابن القاسم وأشهب وأصبغ ، وهو أحب ما في ذلك إليَّ .

ابن المواز : وقال عبد الملك : ينقض ما بين الشفيع والمشترى ، كما انتقض ما بين البائع والمشترى ، إن شاء الشفيع أن يأخذ بما حصل بيد البائع مما تراجعا إليه .

وإن شاء ترك إن كان قيمة الشقص أكثر أخذ بها إن شاء ، وإن كانت قيمته أقل رجع الشفيع بما بقى .

وكذلك عن عبد الملك وسحنون في « المجموعة » .

م : بيان ذلك ، إن كان قيمة العبد خمسين فأخذ بها الشفيع ، فلما استحق العبد رجع بائع الشقص بقيمة شقصه ، وكانت ستين ، فلا تراجع بينهم عند ابن القاسم .

لأن أخذ الشفيع تفويت ، وكذلك لو كانت قيمة الشقص أربعين .

وعبد الملك رأى إن كانت قيمة الشقص ستين ، فالشفيع مخير ، إن شاء أدى عشرة تمام قيمة الشقص ، وإن شاء رد الشقص . وإن كانت قيمة الشقص أربعين استرجع عشرة ، لأنه كشف الغيب أن قيمته هي ثمنه ، فيها يجب أن يأخذ الشفيع .

من « المدونة » : قال مالك : ومن ابتاع شقصًا بحنطة بعينها فاستحقت الحنطة قبل أخذ الشفيع ، فسخ البيع ، ولا شفعة في ذلك .

وكذلك إن ابتاع الحنطة بثمن فاستحقت ، بطل البيع ورجع على البائع بالثمن ، وليس على البائع أن يأتى بمثلها .

قال في رواية الدباغ : وإن كان الاستحقاق بعد أخذ الشفيع ، مضى ذلك ورجع بائع الشقص على المبتاع بمثل الحنطة .

قال ابن المواز : وهذا غلط ، بل يرجع بائع الشقص على المبتاع بقيمة الشقص، وقاله سحنون .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم :في باب بعد هذا : ومن ابتاع أرضًا بعبد . فاستحق نصف الأرض قبل تغير سوق العبد ، فله رد بقية الأرض وأخذ عبده ، فإن شاء المستحق أن يأخذ بقيتها بالشفعة بنصف قيمة العبد ، فذلك له ، وعهدته على المبتاع ، يريد : ويرجع المبتاع على البائع بنصف قيمة عبده لضرر الشركة في قول ابن القاسم ، وفي أحد قولى أشهب : يرجع في العبد بعينه .

م : **وقال ابن القاسم في « العتبية »** : وإذا ابتاع دارًا ثم ردها بعيب دلس له به البائع ، ثم استحق رجل نصفها بعد أن رجعا ، فالشفعة له من حساب جميع الثمن.

م : جعل الرد بالعيب كبيع مبتدأ.

وقال أشهب في « المجموعة » ومن ابتاع شقصًا فوجد به عيبًا فأراد رده ، وطلب الشفيع أخذه ورضى بعيبه ، فللمبتاع رده ، ولا شفعة للشفيع ، وقاله سحنون في العيب وفي الاستحقاق بأكثر مما اشترى ، فهو المقدم في الخيار ، فإن اختار التماسك فللشفيع الشفعة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن ابتاع شقصًا من دار بعرض ، فاختلف المبتاع مع الشفيع في قيمته ، وقد فات بيد البائع أو لم يفت ، فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا اليوم .

فإن كان مستهلكها صدق المبتاع في قيمته مع يمينه ، فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه . فإن جاء بما لا يشبه ، وصفه المبتاع وحلف على صفته ، وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفقة يوم الصفقة أو ترك .

فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو وأخذ بقية الصفقة .

قال ابن المواز : إذا هلك العرض وهو ثمن ، فأتيا جميعًا بما لا يشبه ، قيل للمبتاع : احلف ولك أقصى ما لا يظهر فيه كذبك ، فإن أبى حلف الشفيع ، وكان عليه أدنى ما لا يظهر فيه كذبه .

فإن نكل نظر ، فإن ادعى أنه حضر ، أو لم يعلم الثمن ونكل ، لم يأخذها إلا بأكثر ما لا يتبين فيه كذب المبتاع .

فإن لم يدع العلم ، لم يكن ناكلاً والمبتاع ناكل ، فيكون للشفيع بأقل مما ادعى مما لا يعرف فيه كذبه ، بعد أن يحلف أنه ما يعلم ما ادعى المشترى .

قال ابن المواز : فإن حلف ، فأحب إليَّ أن يحبس المشترى حتى يحلف .

وإن ادعى الشفيع العلم ونكل ، فلا شفعة له .

وروى أشهب وابن وهب عن مالك : إذا هلك العرض ، فزعم المشترى أن قيمته ألف ، وقال البائع : أقل ، فيحلف المشترى على ما قال ، ثم إن شاء الشفيع

أخذ بذلك أو ترك ، إلا أن تقوم بينة بخلاف ذلك .

وقال عبد الملك : إذا أبى المشترى أن يحلف ، فقد مضت من أصحابنا في هذه قضية وهى صواب ، أن الشفيع يقبض الشقص إن شاء ، ويقال للمشترى متى أثبت حقك بشهادة ، أو حلفت فلك القيمة من يوم سلمته للبائع .

فإن قال الشفيع : لا أقبضه لأنى لا أدرى لعله يكثر ، فلابد حينئذ أن يحلف المشترى على ما يعلمه أو يسجن [ق / ١٠٦ / ٩ب] .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم :وإذا أنكر المشترى الشراء وادعاه البائع ، فتحالفا وتفاسخا ، وليس للشفيع أن يأخذه بالشفعة بإقرار البائع ، لأن عهدته على المشترى ، فإذا لم يثبت للمشترى شراء ، فلا شفعة للشفيع .

قال أبو محمد : قوله : فتحالفا ، إنما يعنى أن المبتاع وحده يحلف ، فإذا حلف برئ .

قال محمد : وإن كان المدعى عليه الشراء غائبًا بعيد الغيبة ، فللشفيع أخذ ذلك.

قال في باب آخر : ويدفع الثمن إلى البائع إن لم يقر بقبضه ، ولا يكون له على البائع عهدة إلا في الاستحقاق ، ويكتب للغائب عهدة في كل شيء ، ثم إن قدم الغائب فأقر ، كتب عليه العهدة ، وإن أنكر حلف ورجع الشقص على بائعه .

قال ابن المواز : وأحب إليَّ أن لا يرجع على البائع ، إذا رضى أن يأخذه بلا كتاب عهدة ، ولكن يشهد على البائع بقبض الثمن وتلزمه عهدة الثمن فقط .

قال أحمد بن ميسر : إذا لم يثبت البيع إلا بإقرار أحد المتبايعين ، فلا شفعة فيه.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن أقر رجل أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب ، فقام الشفيع ، فلا يقضى له بالشفعة بإقرار هذا حتى تقوم له بينة على الشراء ، لأن الغائب إذا قدم فأنكر البيع ، له أن يأخذ داره ويرجع على مدعى الشراء بكراء ما سكن .

وإذا قضى قاضٍ للشفيع بإقرار هذا لم يرجع عليه الغائب بذلك ، ولا على مدعى الشراء ،فيبطل حق الغائب من الغلة بلا بينة .

ابن المواز : وقال أشهب : إن كان الشقص بيد المدعى للشراء ففيه الشفعة ، ثم

إن جاء البائع فأنكر ولم تكن بينة أخذ شقصه . ويرجع الشفيع بالثمن .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أحب إلينا .

فيمن ابتاع شقصًا ودراهم بعبد ، وما لا شفعة فيه

قال مالك : ومن ابتاع عبدًا قيمته ألف درهم بألف درهم وبشقص قيمته ألف درهم ، ففي الشقص الشفعة بنصف قيمة العبد ، وذلك خمسمائة .

قال مالك : ومن كان بينه وبين رجل عرض مما لا ينقسم ، فأراد بيع حصته ، قيل لشريكه : بع معه وإلا خذ بما يعطى ، فإن رضى وباع حصته مشاعة ، فلا شفعة لشريكه .

قال : وإن كان بينهما أرض ونخل ولها عين ، فاقتسما النخل والأرض خاصة ، ثم باع أحدهما نصيبه من العين ، فلا شفعة فيه ، وهو الذى جاء فيه ما جاء لا شفعة في بئر .

قال : وإن لم يقتسموا ولكن باع أحدهم حصته من العين أو البئر خاصة أو باع حصته من الأرض والعين جميعًا ، ففي ذلك كله الشفعة .

قال : ويقسم شرب العين بالقلد وهي القدر .

قال ابن القاسم عن عبد الملك في « العتبية » : إن الشفعة في الماء الذى يقسمه الورثة بينهم بأقلاد . وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التى تسقى بتلك العيون والحيوان .

م : **قال مالك** : وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون أشراكهم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كان بينهما أرض ونخل ، فاقتسما النخل خاصة ، فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر من النخل ، لأن كل ما قسم عند مالك فلا شفعة فيه .

م : أراه يريد اقتسماها على القلع ، ولو كان البقاء لم يجز قسمها إلا بأرضها ، إذ لو قسمت الأرض على حدة والنخل على حدة ، صار لكل واحد نخلة في أرض صاحبه قاله ابن القاسم فى هذا الكتاب وكتاب القسم .

قال ابن المواز : ولو قسمت النخل وحدها بلا أرض بشرط ، فسخ ذلك بينهم .

ومن « المدونة » : قال مال : ومن باع نخلة له في جنان رجل ، فـلا شفعة لرب الجنان فيها .

وإذا كانت نخلة بين رجلين ، فـباع أحدهما حـصته منها ،فـلا شفعة لصـاحبه فيها .

قال ابن المواز : وإن بيعت بثمرها .

ابن حبيب : وقـال ابن الماجشون : فيها الشفـعة ، لأنها من الأصول ، وبه قال أشهب وأصبغ وابن حبيب .

تم كتاب الشفعة الأول بحمد الله وعونه .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة الثاني

فيمن ابتاع أرضًا فزرعها أو نخلاً فأثمرت عنده ، أو كان ذلك فيها ثم قام شفيع أو مستحق ، وحكم الغلة في ذلك

قال مالك : ومن اشترى شقصًا من أرض فزرعها ، فللشفيع أخذها بالشفعة ، ولا كراء له ، والزرع للزارع ، ولو غرسها المبتاع شجرًا أو نخلاً ، فإما أدى الشفيع قيمة ذلك قائمًا مع ثمن الأرض ، وإلا فلا شفعة له .

قال : ومن ابتاع أرضًا فزرعها ، ثم استحقها لرجل ، فلا شيء له من الزرع ، ولا كراء له إلا أن يقوم في إبان الزراعة فيكون له كراء مثلها .

وإن استحق نصف الأرض خاصة واستشفع فله كراء ما استحق إن قام في إبان الزراعة على ما وصفنا ، ولا كراء له فيما استشفع .

م : يريد : لأن نصف الأرض المستحق قد كان في ملكه قبل أن يزرع ، والذى أخذ بالشفعة لم يجب له إلا بعد أخذه ، وقد زرعها المشترى وهي في ملكه ، فافترقا .

ابن المواز : فإن كان حين استحق نصف الأرض خاصة واستشفع ، ولم يبد الزرع من الأرض ، فهو كالطلع ، وللشفيع أخذه مع الأرض بالثمن وبقيمة ما أنفق من البذر والعلاج .

وكذلك النخل إذا اشتراها فأنفق وسقى حتى صار فيها طلع ولم تؤبر ،فعلى الشفيع مع الثمن قيمة ما أنفق .

ابن المواز : ولا يأخذ الشفيع الأرض إلا بزرعها ، ولا النخل إلا بما فيها من الطلع ، لأن الشفعة بيع من البيوع ، فلا يحل لمن باع ذلك أن يستثنى حبسه لنفسه.

ابن المواز : وقال أشهب : إذا أراد الشفيع أن يأخذ بالشفعة فليأخذها بما فيها من البذر بالثمن الذى وقع على الشقص وبقية الزرع على الرجاء والخوف ، وإلا فلا شفعة له .

وإن كان قد بدا الزرع من الأرض فلا شفعة فيه ولا يحل .

قال ابن المواز : بل يأخذ للشفيع إذا لم يبرز زرعها بالثمن وبقيمة ما أنفق في البذر والعلاج .

ولقد كلم أشهب في جوابه حتى قال : لو قال قائل في ذلك : ليس له أن يأخذ إلا بالثمن وبقيمة ما أنفق لم يكن به بأس ، وهو أقيس القولين ، وإنما استحسنت ما قلت لك ، لأنه ربما كان الذى أنفق عينًا .

قال ابن عبدوس : قال سحنون : والزرع مخالف لطلع النخل ،لأن من زرع أرضًا ، ثم استحقت قبل ظهوره ، فالزرع لزارعه .

يريد : ولو استحقت النخل وفيها طلع ، فهو للمستحق .

قال : وابن القاسم يرى الأخذ بالشفعة كالاستحقاق ، لأنه جعل الثمرة وإن أبّرزت للشفيع كالاستحقاق .

وإذا أخذ الأرض بالشفعة فلا شيء له في البذر كالمستحق .

وأشهب يرى الأخذ بالشفعة كالبيع ، فالبذر للشفيع ، لأنه لا يستثنى في البيع.

قال مالك : ومن ابتاع أرضًا بزرعها الأخضر ، فاستحق رجل نصف الأرض خاصة واستشفع ، فالبيع في النصف المستحق باطل ، وتبطل في نصف الزرع لانفراده بلا أرضى ، ويرد البائع نصف الثمن ، ويصير له نصف الزرع ، وللمستحق نصف الأرض ، ثم أبدى الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقى ، فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة ، فذلك له .فإذا أخذ رجع الزرع كله إلى بائعه .

ابن المواز : ويأخذ نصف الأرض بما قابله من الثمن بقيمتها من قيمة نصف الزرع على غرره يوم الصفقة ، فإن أخذ نصف الأرض بالشفعة كما وصفنا رجع الزرع كله للبائع الذى زرعه ، لأنه صغير لا يحل بيعه بلا أرض ، ويرد البائع الثمن كله إلى المشترى إلا ما أخذ المشترى من الشفيع في نصف الأرض ، وعلى البائع للمستحق كراء نصف الأرض المستحق دون ما أخذ بالشفعة إذا استحق في إبان الزراعة .

م : وأنكر بعض فقهاء القرويين قوله ؛ ورجع الزرع كله للبائع وقال المشترى إن يتمسك بنصف الزرع الذى قابل النصف المأخوذ منه بالشفعة ، لأنه لم ينتقض فيه البيع ، لأن الأخذ بالشفعة كبيع مبتدأ .

م : وهو صواب ، والذى قال ابن المواز من أن الزرع كله يرجع للبائع ثبت في كتاب الشفعة من « المختلطة » ، ووجه هذا القول أن الأخذ بالشفعة فيه ضرب من الاستحقاق ؛ إذ تؤخذ وإن كره المبتاع ، فاحتاط للتحريم وجعله كالاستحقاق ألا ترى أن ابن القاسم جعل الثمرة وإن أبرت للشفيع كالاستحقاق وأما أشهب فإنه يرى الثمرة المأبورة للمبتاع دون الشفيع كالبيع ، وكذلك يكون له الزرع في مسألتنا على مذهبه . والله أعلم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن لم يستشفع خير المبتاع بين رد ما بقى في يده من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه استحق في صفقته ما له بال وعليه قيمة الضرر ، وبين أن يتماسك ببعض الأرض ونصف الزرع ، ويرجع بنصف الثمن .

ابن المواز : وقال أشهب : المشترى يبدأ بالتخيير ، فإن تماسك ففيه الشفعة .

وحجة ابن القاسم أنه ليس ببيع خيار ، بل هو بيع بتل وجبت فيه الشفعة ، وهو كعيب يرضى به الشفيع ، فهو المبدأ .

أبو محمد : وقال سحنون : ينتقض البيع كله ، لأنه ثبت الاستحقاق كان كمبتاع الأرض من رجل ومن آخر زرعًا له لم يبد صلاحه في صفقة واحدة ، ففسدت كلها .

وقال ابن المواز : وإن لم يستحق نصف الأرض إلا بعد يبس الزرع ، فهذا لا يفسخ بيع الزرع ، لا فيما استحق ، ولا فيما استشفع ، ويكون الزرع كله للمشترى، لأنه يحل بيعه لو انفرد .

قال ابن المواز : وإن استحق نصف الأرض ونصف الزرع الأخضر ، فله الشفعة في الأرض والزرع ، بل ليس له أن يأخذها إلا بزرعها .

وقال أشهب : وهو كآلة الحائط ورقيقه وبئره ، وذلك لو بيع مفردًا لم تكن فيه شفعة.

وإذا بيع مع الحائط ففيه الشفعة وكذلك الزرع .

قال : وليس لمن قال غير هذا صواب ، ورواه عن مالك .

قال ابن المواز : ولم يختلف ابن القاسم وأشهب في هذا إذا كان اشتراؤه الأرض بعد أن برز الزرع من الأرض وبعد إبان الثمرة أن الشفعة في الجميع ، ولم يختلف

أيضًا إذا كـان اشتـراؤه قبل أن يبـرز الزرع وقبل أن تؤبر الثـمرة ، أن ذلك للشـفيع ويغرم الثمن والنفقة .

قال ابن المواز : فإن كره المشترى التماسك ببقيـة الصفقة لكثرة ما استـحق ، قال [ق /١٠٨ / ٩ب] ابن القاسم : يبـدأ بتخييـر الشفيع ، فإن لم يستشفع فالخيار للمشترى .

وأشهب يبدأ بتخيير المشترى ، فإن تماسك ففيه الشفعة .

قـال ابن عبـدوس : وأنكر سـحنون قول أشـهب : أن في الزرع الشفـعة كـآلة الحائط، وهي لو انفردت لم تكن فيها شفعة .

وقال : يقول ابن القاسم : أن لا شفعة في الزرع .

قال سـحنون : والزرع بخـلاف آلة الحائط ، لأن آلة الحـائط ورقيـقه وبئـره من مصالحه ، وما به يقوم وليس الزرع مما تقوم به الأرض .

وأما الثمرة إذا بيعت مع الرقاب وقد أبر ثمرها أو أزهى ، فالشفعة في الجميع ، إذ لو بيعت الثمرة وحدها كان فيها الشفعة ، وليس الشفعة فيها مع النخل ، لأن فيها منفعة للنخل كما ذكرنا ، وأيضًا فيـها غذاء للنخل؛ لأن فيها منفعة للنخل ، يكن لما ذكرن ، وهى أيضًا فيها غذاء للنخل ونفع لها وكأنها منها ، فإذا يبست زال ذلك منها وزالت الشفعة .

قال ابن المواز : فإذا كـان الزرع يوم الشراء لم يبرز من الأرض فلم يأت الشـفيع حتى بدا وبرز كله إلا أنـه أخضر لم ييـبس بعد ، قال : قـد اختلف في هذا الأصل ابن القاسم وأشهب ، وقـاساه جميـعًا بثمرة النخل إذا اشتـريت قبل الإبار فلم يأت الشفـيع حتى أبرت أو أزهت ، فـقال ابن القـاسم : الشفـعة في الثـمرة مع الأصل بالثمن والنفقة ، وكذلك الزرع .

وقال أشهب : لا شفعة في الثمرة ولا في الزرع ، لأن الـشفعة بيع من البيوع ، وقد جعلها الرسول ﷺ للبائع إلا أن يشترطها المبتاع .

ومن « المدونة » : قال : ومن ابتاع أرضًا ذات زرع أخضر دون زرعها ، ثم ابتاع الزرع في صفقة أخـرى ، أو ابتاع الجميع في صفقة ثم اسـتحق رجل جميع الأرض خاصة ، بطل البيع في الزرع لانفراده ، وإنما أجيز بيعه أخضر مع أرضه في صفقة أو ابتاعـه بعد ابتيـاعه الأرض يبقـيه فيـها ويحل محل الـبائع ، ثم له بيع الأرض دون

الزرع، ولا يبطل البيع في الزرع ، لأن شراءه للأرض لم ينتقض ، وفي الاستحقاق قد انتقض .

فإذا كان بين قوم ثمر في شجرة قد أزهى ، فباع أحدهم حصته منه قبل قسمه ، والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة أو حبس ،فاستحسن مالك لشركائه فيه الشفعة ما لم ييبس قبل قيام الشفيع ، أو تباع وهي يابسة وقال : ما علمت أن أحدًا قاله قبلي.

ابن المواز : وقاله ابن القاسم وأشهب ورواه عبد الملك عن مالك ولم يأخذ به .

قال محمد : والصواب عندنا أن الشفعة في الثمرة ما لم تيبس ما كان الأصل مشاعًا كبئر الحائط وحديده وآلته ورقيقه ودوابه ، ففي ذلك الشفعة إذا بيع وحده ، وإن بقى في الحائط ما يستغنى به ما دام الحائط مشاعًا لم يقسم .

م : ووجه قول عبد الملك قوله عليه السلام : « **فإذا وقعت الحدود فلا شفعة** » (١) ، فعلقها بما ينقسم من الأرض ، ولأن الشفعة فيما يدوم ضرره ، وذلك معدوم في الثمار فكانت كالعروض اعتبارًا بما ييبس منها .

م : والفرق عند ابن القاسم بين ما ييبس من الثمار وبين بئر النخل وحديده وآلته، أن ذلك مما يدوم ضرره ، والثمار إذا يبست إن جذها وانتفى ضررها فكانت كالعروض ، وهو الفرق بينهما وبين ما لم ييبس منها ، لأن ضرر ما لم ييبس دائم ، والضرر هو الأصل في الشفعة .

قال أشهب : ولو باعا حائطهما وبقيت لهما الثمرة فباع أحدهما مصابه من الثمرة ، فلا شفعة لشريكه فيها ، لأنه لا شركة بينهما في الأصل .

ابن المواز : ولو لم يبيعا الأصل وباعا الثمرة من رجلين ، فباع أحدهما نصيبه من الثمرة ، ففيها الشفعة .

قال ابن القاسم وأشهب : لأنهما يقومان مقام صاحبى الأصل .

وكذلك لو أن الأصل لرجل فباع الثمرة من رجلين ، لكانت الشفعة بين المشترين في الثمرة دون صاحب الأصل .

ومن الشفعة : قال مالك : وأما الزرع يبيع أحدهم حصته منه بعد يبسه ، فلا شفعة فيه ، وهو لا يباع حتى ييبس ، وكل ما بيع من سائر الثمار مما فيه الشفعة قبل يبسه مثل التين والعنب وما ييبس في شجره فبيع بعد اليبس في شجره ،لا شفعة فيه

---

(١) تقدم .

كالزرع ، كما لا جائحة فيه حينئذ ولا في الزرع .

فصل

ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها ، وفيها ثمر لم يؤبر ، ثم استحق رجل نصفها واستشفع ، فإن قام يوم البيع أخذ النصف بملكه والنصف الآخر بشفعته بنصف الثمن ، ويرجع المبتاع على بائعه بنصف الثمن .

وإن لم يقم حتى عمل ، فأبرت وفيها الآن بلح ، أو فيها ثمر قد أزهت ولم تيبس ، فكما ذكرنا ويأخذ الأصل بثمره وعليه للمبتاع قيمة ما سقى وعالج فيما استحق واستشفع .

وإن لم يستشفع فذلك عليه فيما استحق فقط .

فإن أبى أن يغرم ذلك فيما استحق ، فليس له أن يأخذه ، وليرجع إن شاء بالثمن على البائع ويجيز البيع .

فإن قام بعد يبس الثمرة أو جذاذها لم يكن له في الثمرة شفعة ، كما لو بيعت الثمرة حينئذ ، ويأخذ نصف الأصول بالشفعة بنصف الثمن ، ولا يحط عنه للثمرة شيء ، إذ لم يقع لها يوم البيع من الثمن حصة .

ابن المواز : وإذا أخذ نصف النخل باستحقاقه لم يكن له من الثمرة التى فيها أيضًا شيء ، لأنها لما يبست صارت غلة [ق / ١٠٩ / ٩ب] حدثت عند المبتاع ، ولا شيء عليه مما أنفقه المبتاع في السقى وغيره ، لأنه لم يصر للمستحق من الثمرة شيء ، وقاله ابن القاسم .

وقال أشهب مثله فيما استحق خاصة .

ومن « المدونة » : وقال بعض المدنيين : إذا قام الشفيع وقد أبرت الثمرة ، فهى للمبتاع دونه ، وقد بلغني ذلك عن مالك .

قال ابن المواز: وقال أشهب مثله أنها للمبتاع دونه، وقد بلغنى ذلك عن مالك.

قال أشهب : وهو عندى صواب ، وقد قال النبي - عليه السلام - : « **من باع نخلاً وفيها ثمرة قد أبرت ، فثمرها للبائع** » [1] وإنما الشفعة بيع جديد .

---

(١) أخرجه مالك (١٢٧٩) والبخارى (٢٠٩٠) ومسلم (١٥٤٣) من حديث ابن عمر ـ رضى الله عنه .

وإن قال الشفيع : أنا أشترطها للحديث ، « **إلا أن يشترطها المبتاع** »[1] .

قيل له : إنما ذلك بطوع البائع .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن ابتاع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية ، فاشترطها المبتاع ثم استحق رجل نصفها واستشفع فله نصف الخل ونصف الثمرة باستحقاقه .

قال ابن المواز : جذت أو لم تجد ، يبست أم لا .

وإن بيعت فله نصف الثمن إلا أن تكون قائمة بيد مشتريها ، فيكون مخيرًا بين أخذ نصفها أو أخذ ثمنه من البائع .

وإن باعها مشتريها أو أكلها فهو مخير ، إن شاء أخذ الثمن الذى باعها به مشترى الرقاب ، أو الثمن الذى باعها به مشتريها ، أو أغرمه مثلها إن أكلها .

فإن لم يعرف كيلها أغرمه قيمتها ، ورجع مشتريها على بائعها منه بما دفع إليه من الثمن ، ورجع مشترى الرقاب على المستحق بالنفقة في السقى والعلاج ، وهو النصف من ذلك كله .

فإن كانت أكثر من قيمة الثمرة أو من ثمنها ، لم يأخذ شيئًا من ذلك إلا بغرم النفقة ، أو يسلم ويأخذ ثمن شقصه من بائعه.

قال ابن القاسم وأشهب : والقول قول المشترى فيما ادعى من النفقة في السقى والعلاج مع يمينه ما لم يتبين كذبه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن أخذ النصف باستحقاقه كما وصفنا ، رجع المبتاع بنصف الثمن على بائعه ، فإن شاء المستحق الشفعة في النصف الثاني ، فذلك له ، ويكون له أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجد أو تيبس ، ويغرم قيمة العلاج أيضًا .

وإن قام بعد اليبس أو الجذاذ ، فلا شفعة له في الثمرة ، كما لو بيعت حينئذ ، ويأخذ الأصل بشفعته بحصته من الثمن بقيمته من قيمة الثمرة يوم الصفقة ، لأن الثمرة وقع لها حصة من الثمن .

قال ابن المواز : اختلف قول ابن القاسم في ذلك ، فقال مرة : له الشفعة في الثمرة ما لم تجد أو تيبس ،فإن جذت صغيرة أو كبيرة أو يبست ولم تجد ، فلا حق

---

(١) تقدم .

للشفيع فيها ، مثل ما قال في « المدونة » .

ابن المواز : ورواه عن مالك ، وقاله عبد الملك ، إلا أن عبد الملك لم ير على الشفيع فيما سقى المبتاع وعالج نفقة .

وقال ابن القاسم مرة أخرى : له الشفعة في الثمرة وإن يبست وجذت ، وإن فاتت رد مثلها إن عرف كيلها .

قال ابن المواز : وإن لم يعرف كيلها ، أو جذها وهي صغيرة ولم تطب ، لم يرد قيمتها ولا ثمنها إذ لا شفعة في الأثمان ، ولكن يأخذ الأصل بالشفعة بحصته من الثمن ، بفض الثمن على قيمة الأصل وقيمة الثمرة ، فما ناب الأصل أخذه به، ورواه أيضًا عن مالك .

ابن المواز : وهذا أحب قولى ابن القاسم إلينا .

ابن المواز : وقال أشهب في هذا : له الثمرة وإن فاتت بالجذاذ ، يابسة أو رطبة، أو ثمنها إن باعها ، أو قيمتها إن أكلها مشترى الرقاب كما قال في الاستحقاق ، لم يفرق بينهما .

قال محمد : وإنما قال : يأخذ قيمتها إذا استحق نصف الثمرة ، يبست أو جذت، إنما يعنى ذلك إذا أبرت الثمرة والأصل بيد المستحق أو بيد المغصوب .

فأما إذا كان المتعدى عليه بالبيع قبل الإبار ، فلا حق له في الثمرة إذا جذت أو يبست .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها ، أو فيها ثمر قد أبر أو لم يؤبر ، ثم فلس وفي النخل ثمر حل بيعها ، فالبائع أحق بالأصل والثمرة ما لم تجذ ، إلا أن يعطيه الغرماء الثمن ، بخلاف الشفيع ومن ابتاع أرضًا بزرعها الأخضر ، ثم قام شفيعه بعد طيبه ، فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن بقيمتها من قيمة الزرع على غرره يوم الصفقة ، لأن الزرع وقع له حصة من الثمن في الصفقة ، وليس كنخل بيعت وفيها ثمر لم يؤبر ، ثم قام شفيع بعد يبس الثمرة ، هذا لا شيء له في الثمرة ، ولا ينقص له ذلك من الثمن شيء ، لأن الثمرة لم يقع لها حصة من الثمن في الصفقة ، لأن النخل إذا بيعت وفيها طلع لم يؤبر فاستثناه البائع لم يجز استثناؤه ، والأرض إذا بيعت وفيها زرع لم يبد صلاحه كان الزرع للبائع ، فافترقا ولو كانت الثمرة يوم البيع مأبورة وقام بعد يبسها

لسقط عنه حصاصها من الثمن ، فظهور الزرع من الأرض كإبار الثمرة في النخل في هذا ، وفي أن ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، فيصير له بالاشتراط حصة من الثمن ، ولم يكن للشفيع في الزرع شفعة ، لأنه غير ولادة ، وليس له منه شيء ، والثمرة ولادة وللشفيع نصفها . فإذا قام قبل يبسها كانت له الشفعة .

ومن ابتاع نخلاً لا ثمرة فيها فاغتلها سنين ، فلا شيء للشفيع إذا قام من الغلة .

قال : ولا يبيعها مرابحة حتى يبين ، كقول مالك في الثياب والحيوان : إذا حالته أسواقها عنده لم يبعها مرابحة حتى يبين .

ومن ابتاع وديًا صغارًا ، ثم قام شفيع بعد أن صارت بواسق ، فإنه [ق / ١١٠/ ٩ب] يأخذها ويدفع إلى المبتاع قيمة ما عمل ،يريد بأنه كان غائبًا .

قال سحنون : ليس عليه غرم شيء إلا الثمن لأن المنفق أنفق على مال نفسه ولا يرجع بشيء مما أنفق مما ليس بقائم فى النخل .

قال ابن المواز : وله الثمرة إن تيبس ، وعليه قيمة السقى والعلاج .

وإن اغتلها سنين ، فإنما على الشفيع السقى في السنة التى قدم فيها إن لم تيبس الثمرة ، ووجبت له شفعته ، وبالله التوفيق .

في الشفعة في الرحاء والحمام والأندر والماء ، ومن اشترى أرضًا هل يدخل في البيع ما فيها من زرع أو نخل

قال مالك : ولا شفعة في الأرحية .

قال ابن القاسم : وليست من البناء ، وهي كحجر ملقى ، ولو بيعت معها الأرض أو البيت الذى نصب فيها ، ففيها الشفعة دون الرحا بحصة ذلك ، وسواء أجراها الماء أو الدواب .

ابن المواز : وقال أشهب وعبد الملك : إن نصبوها في أرضهم ، ففيها الشفعة .

وإن نصبوها في غير أرضهم ، فلا شفعة فيها ، باع أحدهم حصته من الرحا ، أو حصته منها ومن البيت .

قال أشهب : والرحا والماء والدواب سواء إذا نصباها فيما يملكان .

وإن باع أحدهما مصابته فلشريكه الشفعة .

وإن شاء فسخ بيعه إلا أن يدعوه البائع إلى المقاسمة ، فلا يفسخ حتى يقاسمه ،

فإن صار موضع الرحا للبائع ، جاز بيعه .

وإن صار لشريكه انتقض بيعه قال : ولم يصبه من قال : لا شفعة في الرحا ولم يجعله كالبنيان ، ولا هي عندنا في البنيان أثبت من الأبواب التي إذا شاء قلعها بغير هدم ، وإن شاء ردها بغير مؤنة ، ثم فيها الشفعة إن بيعت مع الدار أو وحدها ، وإن الشفعة لتكون في حديد الحائط ورقيقه فكيف لا تكون في الرحا .

قال ابن المواز : وبه أقول .

ومن « المدونة » : قال مالك : في الحمام الشفعة .

قال ابن المواز : ولهو أحق أن تكون فيه الشفعة من الدور والأرضين لما في قسم ذلك من الضرر ، وقاله مالك وأصحابه أجمع .

قال ابن الماجشون في غير «كتاب محمد» : أبى مالك من الشفعة في الحمام من قبل أنه لا ينقسم إلا بتحويله عن أن يكون حمامًا ، وما أرى فيه الشفعة .

قال عبد الوهاب : اختلف قوله في الحمام وفي العقار الذى لا يقسم ، فقال : لا شفعة في ذلك .

وقال : فيه الشفعة .

فوجه المنع قوله - عليه السلام - : « **الشفعة فيما لم ينقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فيه** » (١) فأحال على اعتبار المقسوم ، ولأن كل مبيع لا ينقسم لا تدخله الشفعة كالثوب والعبد .

ووجه ثباتها ، فلأنها مما تقع فيها الحدود ويجب فيه القسم لقوله تعالى : ﴿ **مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا** ﴾ (٢) وذلك مبنى على وجوب القسمة ، لأن الشفعة تبع للقسمة في الإثبات والمنع .

ومن « العتبية » : **قال سحنون** : ولا شفعة في الأندر ، وهو كالأبنية لا شفعة فيها وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أنه قال : إذا كانت نفقة الأندار بينهما ففيها الشفعة ، لأنه كغيره من البقاع .

قال أشهب : الشفعة فيه ، كان أندرًا أو غير أندر ، كان قليلاً أو كثيرًا إذا كان

---

(١) تقدم .

(٢) سورة النساء (٧) .

ملكًا لهما .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولا شفعة في بئر لا بياض لها ولا نخل لها وإن سقى بها زرع أو نخل ، والنهر والعين مثله .

قال ابن القاسم : ولم يختلف قول مالك في هذا قط .

قال مالك : ولو كان لهذه البئر أرض أو نخل لم تقسم ، فباع أحدهما حصته من البئر أو العين خاصة ففيه الشفعة ، بخلاف بيعه لمشاع البئر بعد قسم الأرض ، ولا بأس بشراء شرب يوم أو يومين ، أو شهرًا أو شهرين يسقى به زرعه في أرضه دون شراء أصل العين .

قال مالك : فإن غار الماء أو نقص قدر الثلث من الشرب الذى ابتاع ، وضع عنه كجوائح الثمار .

قال ابن القاسم : وأنا أرى أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبل الماء ، فإنه يوضع عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بيِّنٌ وإن كان أقل من الثلث ، إلا ما قل مما لا خطب له ، فلا يوضع لذلك شيء ، وقاله سحنون .

قال ابن القاسم : ومن ابتاع أرضًا فيها زرع فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، وأما من ابتاع أرضا ولم يذكر شجرها ، فهي داخلة في البيع كبناء الدار ، إلا أن يقول البائع : أبيعك الأرض بلا شجر .

وقد قال مالك فيمن تصدق بالأرض ولم يذكر الشجر ، أو تصدق بالشجر ولم يذكر الأرض : إن الأرض داخلة مع الشجر في الصدقة ، وكذلك البيع .

ومسألة من اشترى أرضًا بعبد فاستحق نصف الأرض ، فذكرتها في باب قبل هذا .

فيمن اشترى نخلاً أو نقضًا على القلع ، وكيف إن ابتاع الأرض قبل ذلك أو بعده؟

قال ابن القاسم : ومن ابتاع نخلاً ليقلعها ، ثم ابتاع الأرض وأقر النخل فيها ، ثم استحق رجل نصف جميع ذلك ، فله أخذ نصف الأرض والنخل بالشفعة بنصف ثمنها لا بالقيمة في أحدهما ، وليس للمبتاع حجة في النخل أنه ابتاعها للقلع ، لأن المستحق قد صار شريكًا له في جميع النخل .

فإن لم يستشفع خير المبتاع بين التماسك بما بقى أو رده .

ابن المواز : وقال أشهب : له الشفعة في الأرض وحدها دون النخل ، لأنها اشتريت على القلع .

قال ابن عبدوس : قال [ق / ١١١ / ٩ب] سحنون : إنما يقال أولاً للمستحق: أنت مخير في أن تجيز بيع نصيبك وتأخذ الثمن من شريكك ، ثم لا حجة للمبتاع ، لأن صفقته مسلمة له ، فإن لم تجز بيع نصيبه أخذه ورجع المبتاع على البائع بنصف الثمن ، ثم ينظر إلى النخل ، فإن تفاضل جنسها من صيحاني وبرنى ، أو صغير وكبير ، وشبهه فالبيع يفسخ ، ونصف البائع له بما باع النخل على القلع صار بيعًا مجهولاً لا يعرف ماذا يقع له في القسم ؛ لأن الأرض تقسم مع النخل ، فيقع في نصيبه كثير من النخل مع قليل من الأرض ، أو قليل من النخل مع كثير من الأرض والكرم والدناءة .

وأما إن كانت الأرض والنخل لا تختلف حتى تقسم قسمًا معتدلاً فالبيع جائز في نصيب البائع ، ثم يبدأ المشترى بالخيار في قول أشهب في رد ما بقى في يده أو حبسه. فإن أمسكه فللشفيع الشفعة في الأرض والنخل بنصف الثمن كما قال مالك في الشفعة في الشقص وإن كانت الأرض لغيرها .

وقال ابن القاسم : يبدأ الشفيع فيخير في أن يأخذ أو يسلم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فيمن اشترى عرصة شقص من دار وفيها بنيان على أن النقض لرب الدار ، ثم اشترى بعد ذلك النقض ، أو اشترى النقض أولاً ثم اشترى العرصة بعد ذلك ، فقام شفيع - يعني مستحق النصف - واستشفع، قال : فله أخذ العرصة والنقض جميعًا بشفعته ، يأخذ العرصة بالثمن ، والنقض بقيمته قائمًا .

وقال في «كتاب محمد» : إذا اشترى نخلاً أو نقضًا على القلع ، ثم اشترى الأرض فأقر ذلك فيها ، ثم استحق رجل نصف الجميع ، فله الشفعة فيها بنصف ثمن الجميع .

قال أصبغ : وإلى هذا رجع ابن القاسم ، وعليه ثبت .

وكان أشهب يرى الشفعة في الأرض ولا يراها في النخل ولا في البناء .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم هو الصواب وعليه أصحابنا ، لأن المشترى قد صار كأنه اشترى ذلك جملة واحدة ، ولولا ذلك لفسخ .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن ابتاع نقض شقص شائع من رجل ، أو حصته من نخل على أن يقلع ذلك المبتـاع ، وشريك البائع غائب ، لم يجز ، إذ لا يقدر هو ولا البـائع على القلع إلا بعد القـسم ،وإذ لو شاء البائع أن يقـاسم شريكه النخل خاصة ليقلعها لم يكن له ذلك إلا مع الأرض .

ابن المواز : ووجه آخر أنه اشترى جذوعًا لا يدرى ما يصير له منها ، إذ لا تقسم إلا بأرضها ، فقد يقل عدد ما يصير له لكرم محترثها وموضعها من الأرض وكرمه ، أو يكثر لرداءة موضعها .

محمد : قال : ولو كانت النخل تستوى في قسمها لتشابهها في الصفة ، وتشابه الأرض حتى يقع القسم على عدد واحد لأجزأتـه ، وقاله أشهب ورآه كالغنم والثياب والدواب يبيع أحدهما مصابته .

قال أشهب : ثم لا شفعة في النخل بأنها بيعت على القلع ، والقلع لا يكون إلا بعد القسمة وكأنه وقع بيعها بعد المقاسمة ، والقسمة لابد منها ، وعليها وقع البيع.

ولو أخذها بالشفعة لوجب عليه قلعها ، كما وجب على مشتريها .

قال أشهب : وكذلك لو اشترى مصابة بائع النخل من الأرض بعد شراء مصابته من النخل ، لم يجز أيضًا .

ابن المواز : ويفسخ بيع الأرض والنخل إذا كانت غير متشابهة .

ابن المواز : ولو لم يشتر إلا مـصابته من الأرض وحدها يفـسخ ، لأنها لا تقسم إلا مع غيـرها ، وكل من اشترى شـركًا مما يقســم مع غيره لم يجـز ، لأنه يقل مرة بسبب ما يقسم مـعه ، ويكثر مرة ، إلا إن اشترى جمـيع حصته من الأرض والنخل صفقة واحدة ، فلا بأس به .

وأما صفقة بعد صفقة فكلاهما مفسوخ ، لأنه غرر .

قال أشهب : إلا أن يكون ذلك متشابهًا في صفتها وقدرها وموضعها ، فلا بأس به كيف ما كان .

فإن اشتـرى الجميع صفقـة بعد صفقة ، فللـشفيع أخذ الأرض بالشفـعة فقط ، ويكلف المشترى قسم النخل وقلعها .

قال ابن المواز : لا يعجبني ، وأنا أراه إذا اشترى مصابته من النخل قبل الأرض أن له الشفعة في الأرض والنخل وأما إن اشترى الأرض دون النخل فله الشفعة في الأرض دون النخل من قبل أن الشفعة في النخل إنما وجبت لشركتهما في الأرض .

وإذا باع النخل أولاً ، فله فيها الشفعة ، لأنهما بعد شريكان في الأرض .

وإذا باع الأرض أولاً فقد انقطعت شركتهما في الأرض وبقيت النخل بلا أصل، فلا شفعة له فيها ، وهذا كمن باع مصابته من الحائط والثمرة وبقى البئر والرقيق مشاعًا ، فلا شفعة في البئر والرقيق إن بيع بعد ذلك .

ولو باع البئر والرقيق قبل ذلك ، لكانت فيه الشفعة .

قال ابن المواز : وإذا باع مصابته من النخل وهي صفقة واحدة ، ثم باع مصابته من الأرض وهي أيضًا صفقة واحدة من مشترى النخل أو غيره ، فللشفيع أن يأخذ النخل وحدها ويسلم الأرض ، أو يأخذ الأرض ويسلم النخل أو يأخذهما جميعًا ، فإن أخذ أحدهما فلابد من المقاسمة .

وإن أخذ النخل قاسم شريك النخل النخل والأرض جميعًا ، فما صار له بنصفه الذى يملكه أخذه بنخله ، وما صار لشريكه قلع منه نخله وسلم للشريك أرضه .

وإن كان إنما أخذ الأرض قسموا النخل وحدها ، لأنها صفقة واحدة ، ولولا ذلك لم يجز بيعها بلا أرض ، فما صار لشريكه كلف قلعه ، وكثير من هذا في «كتاب محمد» .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن ابتاع نقض دار قائم على أن يقلعه ، ثم استحق رجل نصف الدار ، فللمبتاع رد بقية النقض ، ولا شفعة فيه للمستحق ، لأنه بيع على القلع ، [ق /١١٢ / ٩ب] ولم يبع الأرض دون النخل .

وأما إن استحق جميع الأرض دون النقض ، أو كانت نخلة فبيعت على القلع ، فاستحق رجل الأرض دون النخل كان البيع تامًا في النقض والنخل ، وكان للمستحق أخذ ذلك من المبتاع بقيمته مقلوعًا لا بالثمن ، وليس بمعنى الشفعة ولكن للضرر، وليس للمبتاع أن يمنع من ذلك ، لأن بامتناعه مضار وإن أبى المستحق من أخذ ذلك بقيمته مقلوعًا ، قيل للمبتاع : اقلعه .

وأنكر سحنون هذا ، وقال : إن كان البائع غصب الأرض حاكمه المستحق

للأرض، فإن شاء أعطى الغاصب قـيمته منقوضًا وانتقض شـراء المشترى ، وإن شاء سلمه المشترى بنقضه .

وإن كان بائع النقض مـشتريًا الأرض أعطاه قيـمة الأنقاض قائمة وانتـقض البيع فيهـا ، وليس لمشترى الأنقاض أن يقول : أنا آخـذها بهذه القيمـة التى أخذها البائع منى ، كمن باع سلعة بمائة دينار ، ثم باعها من آخـر بتسعين ، فأراد المبتاع الأول أن يأخذها بتسعين ، فليس له ذلك .

وإن قال مستحق الأرض : لا أعطيه قيمة البناء ، قيل لبائع النقض : أعطه قيمة أرضه ، فيجوز بيعه في الأنقاض ، فـإن أبى كانا شريكين وينقض بيع المشترى ، فما صار له من نصف الأنقاض لمسـتحق الأرض ، ويجوز بيعه فيمـا صار لبائـع الأنقاض إذا صار لمشترى الأنقاض نصف ما اشترى فأكثر ، كعروض اشتراها فاستحق بعضها، لأن ما أخذه مستحق الأرض بسبب كأنه استحق من المشترى .

ابن المواز : وقال أشهب : استحقاق المستحق للنصف فسخ لبيع البناء والنخل .

قال : ويرجع ذلك إلى ما وصفت لك فـيمن اشترى مصـابة أحد الشريكين من بناء أو نخل على القلع ، إن ذلك لا يجوز إذا كانت غير متشابهة .

قال : إلا أن يجيز المستحق البيع فيجوز .

ابن المواز : لأن الصفقة وقعت بين المتبايعين صحيحة .

قال : ولو كانت النخل متشابهة مما يجوز بيع نصفها على القلع ، لزم المشترى ما لم يستحق منها ، لأن النخل قلعها مأمون ، ليس فيها من الجهالة فيما يأتي عليه من القلع مثل ما يأتى في هدم البناء .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وقـد قال مالك فيمن اكـترى أرضًا سنين ، فغرسها شـجرًا فانقضت المدة : إن لرب الأرض أن يعطيه قيمة الـشجر مقلوعًا ، أو يأمره بقلعها .

قال : وأما من بنى في أرض يظنها له ، ثم استـحقت ، فعلى المستحق في هذه قيمة ذلك قائمًا للشبهة .

وإن أبى دفع إليه الذى عمَّـر قيمة أرضه بغـير عمارة ، فإن أبيـا كانا شريكين ، هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة شجره ، بخلاف المكترى ، لأنه غرس إلى مدة .

في الشفعة في الهبة والقضاء فيها

قال مالك : ولا شفعة في هبة الثواب إلا بعد العوض .

ابن المواز : وقاله مالك وأصحابه .

قال ابن المواز : فإن فاتت الهبة فوتًا يجب فيها القيمة ، فقال ابن القاسم وعبد الملك : لا شفعة فيها أيضًا حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف .

قال عبد الملك : إذ لعله يقول :لم أرد ثوابًا وإن رأى الناس أنى أردته ، فلا ثواب له ولا شفعة في ذلك إلا بعد قبض الثواب والحكم به ، ولا قول للشفيع : إنك أردت إبطال شفعتى .

قال : وإن رأى أن الثواب قبض وكتم ، حلف من بيده الشقص .

وقد قال مالك في رجل تصدق على رجل بشقص ، فقال الشفيع : أخاف أن يكون باعه أو أثابه في السر وأظهر الصدقة لقطع شفعتى .

فقال مالك : إن كان المتصدق عليه ممن لا يتهم لم يحلف . وإن كان ممن يتهم أحلف .

ابن المواز : **وقال أشهب** : إذا فاتت فوتًا يمنع به اعتصارها وردها ، فقد وجبت القيمة والشفعة .

قال ابن القاسم : وحوالة الأسواق في الهبة والبيع الفاسد فوت ، إلا في الربع قائمًا يفيته البناء والهدم والغرس .

وقال أشهب : حوالة الأسواق في الربع فوت في الهبة والبيع الفاسد ، وقاله ابن عبد الحكم .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن وهب شقصًا من دار للثواب أو تصدق به على عوض أو أوصى به على عوض ، فهو بيع وفيه الشفعة .

فإن سمى العوض فالشفعة بقيمة العوض إن كان مما له قيمة من العروض ، أو بمثله في المقدار والصفة إن كان مما له مثل ، كانت الهبة بيد الواهب أو قد دفعها .

وإن وهب على عوض يرجوه لم يسمه ، فلا قيام للشفيع إلا بعد العوض ،ولا يجبر الموهوب على ثواب إذا لم تتغير الهبة في بدن ، وللواهب ردها إن لم يشبه

الموهوب . فإن أثابه بمثل القيمة لزم الواهب ، وإن أثابه أقل لم يلزمه إلا أن يشاء ، وله أخذ هبته إلا أن تتغير في البدن فلا يأخذها ، ويقضى على الموهوب بقيمتها يوم قبضها ، ويقال للشفيع : خذ الآن أو دع إذا قضى على الموهوب بالقيمة .

وإذا تغيرت الهبة في بدن ثم أثاب الواهب أضعاف قيمتها قبل قيام الشفيع ، ثم قام لم يأخذها الشفيع إلا بذلك ، كالثمن الغالى ، وإنما يهب الناس ليعتاضوا أكثر .

ابن المواز : وقاله عبد الملك .

وقال أشهب : إذا أثابه بعد فوات الهبة أخذها بالأقل من قيمة ذلك أو من قيمة الهبة .

وإن أثابه قبل [ق / ١١٣ / ٩ب] فوتها ، فلا يأخذها الشفيع إلا بجميع العوض ، كان أكثر من قيمة الهبة أو أقل .

ابن المواز : وهو قول جماعتهم في هذا .

م : وقول ابن القاسم أبين ، لأنه إذا كان له أن يعوضه قبل الفوات فبقيمة الشقص ، واتفقوا إذا عوضه أضعاف القيمة لم يأخذها الشفيع إلا بذلك .

وكذلك إذا عوضه بعد الفوات أكثر من القيمة ، وإن كان له أن يعوضه القيمة ، فلا فرق بين أن يعوضه القيمة في الوجهين إلا على قول من رأى أن الهبة في الوجهين إذا لم تفت لم يلزم الواهب أن يأخذ قيمتها ، وأنه على هبته ما لم يرض منها ، فعلى هذا يجب أن لا يأخذ الشفيع إلا بجميع ما أثابه قبل الفوات ، لأن الموهوب غير قادر على أخذها إلا بما رضى الواهب .

فإذا فاتت أخذها بالأقل لوجوب القيمة .

ومن « **المدونة** » : ومن وهب شقصًا لغير ثواب ، فعوض فيه فقيل : فإن رأى أن الهبة كانت لصدقة أو صلة رحم ، فلا شفعة فيها .

ابن المواز : ولو أثابه أيضًا شقصًا له من دار ، لم يكن في الثواب أيضًا شفعة ، لأن هذا المثيب دفع شقصه فيما لم يكن يلزمه .

قال في كتاب الشفعة و«كتاب محمد» : وقد قال مالك في رجل تصدق على رجل بصدقة، فأثابه المتصدق عليه، ثم بدا له فرجع في ثوابه، وقال: ظننته يلزمنى،

فليرجع في العوض إن كان قائمًا . فإن فات فلا شيء له .

ابن المواز : وكذلك هذا العوض لو كان شقصًا لم يكن فيه شفعة ، لأن لصاحبه فيه الرجعة ولو بتله ولم يرجع فيه بشيء على علم منه أن له الرجعة ما كانت عليه فيه الشفعة .

قال ابن عبد الحكم في «المختصر» : اختلف قول مالك في الشفعة في الشقص يوهب لغير ثواب ، فقال مرة : فيه الشفعة .

وقال مرة : لا شفعة فيه ، ولم يختلف قوله أن لا شفعة في الميراث .

فوجه قوله : أن لا شفعة في الهبة والصدقة اعتبار بالميراث ، لأنه انتقال ملك بغير عوض .

ووجه إيجاب الشفعة اعتبارًا بالبيع ، لأنه انتقال ملك باختيار المتعاقدين ، ولأن الضرر يدخل على صاحبه ،والضرر أصل الشفعة .

م : والأول أصح ، لأن الحديث إنما ورد في البيع لقوله : الشفعة في كل شرك في ربع أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يعوضه على شريكه ، فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن .

ومن « المدونة » : ومن أوصى أن يباع شقصه من فلان بكذا ، فلم يقبل ، فليس للشفيع أخذه بذلك .

قال سحنون في « العتبية » فيمن أوصى ببيع ثلث داره في وصاياه ، فباع الوصى ثلثها ، فلا شفعة لورثته ، لأنه كأن الميت باع ذلك .

ومن « المدونة » : قال : وإن قال : اشهدوا أنى بعت شقصى من فلان بكذا وكذا إن قبل ، فلم يقبل ، فلا شفعة للشفيع .

ومن وهب شقصًا من دار لابنه الصغير على عوض ، جاز وفيه الشفعة ، يريد: بعد أن يثاب ، ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ، ولا ما وهب أو تصدق به من مال ولده الصغير ، ويرد ذلك كله . وإن كان الأب موسرًا ، بخلاف عتقه في ملائه، فإنه يجوز ذلك على الأب ، ويضمن قيمته من ماله .

قال مالك : وإنما يجوز بيع الأب مال ابنه على وجه النظر، وهبة الوصى لشقص

اليتيم كالبيع لربعه ، لا يجوز ذلك إلا لنظر لمن يرغب فيه بثمن كثير ، مثل ملك يجاوره أو ملى يصاحب ، أو ليس في غلته ما يكفيه أو لوجه نظر ، فيجوز وفيه الشفعة ، وما كان على غير هذا الوجه لم يجز ، وهبة المكاتب المأذون على عوض تجوز بلا محاباة ، وفي ذلك الشفعة .

ومن اشترى عبدًا فوهبه لرجل ثم استحق ، قيل للمستحق : إن شئت فاتبع البائع بالثمن وإلا فاطلب العبد ، فإن وجدته أخذته وإلا فلا شيء لك على الواهب.

في الشفعة في بيع الخيار ، ومن وجبت له شفعة فلم يقم بها حتى باع شقصه ، هل يستشفع فيه بما بقى له

والقضاء أن الشفعة إنما تجب للشفيع بعد تمام البيع ومعرفة الثمن ، فإذا تم عقد البيع وعرف الثمن وجبت الشفعة ، نقد الثمن أو لم ينقد ، قبض الشقص أو لم يقبضه .

قال مالك : ومن ابتاع شقصًا على أن المشترى أو البائع بالخيار ، فلا شفعة فيه حتى يتم البيع .

ومن ابتاع شقصًا على خيار له ، فانهدم ، فله رده ولا شيء عليه ، كما كان له رده وهو قائم ، ولا شفعة فيه حتى يتم البيع .

ومن ابتاع شقصًا بخيار وله شفيع ، فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل ، فإن تم بيع الخيار فالشفعة لمبتاعه ، وإن رده فهو لبائعه.

ابن حبيب : وقاله مطرف .

م : ووجه هذا هو أن بيع الخيار لما أمضى فكأنه لم يزل ماضيًا لمشتريه من يوم عقد ، فكانت له الشفعة على مشترى البتل .

فإن قيل : فيجب على هذا الاعتلال أن تكون الشفعة على مشترى الخيار لبائع البتل ، لأن بائع البتل يقول : إذا أمضيتم بيع الخيار من يوم عقد ، فقد بعت أنا شقصى بعد أن وجبت لى الشفعة .

قيل : ينبغي أن يكون ذلك له على مذهب من رأى أن من باع بعد وجوب الشفعة له أن له الشفعة ، وإنما لم يجعل له ذلك ابن القاسم لأنه يرى أن من باع شقصه فلا شفعة له .

فإن قيل : فإذا سقطت شفعته بنفس بيعه ، فلم لا جعلت مشتريه يقوم مقام بائعه ، فتكون له الشفعة فيما بيع بالخيار ؟

قيل : لا يلزم ذلك ، لأنا نقدر أن بائع البتل إذا باع لم يزل مسلمًا لشفعته ، فصار مشترى الخيار شريكًا لبائع البتل ، وقد سلم شفعته ببيعه ، فوجب أن تكون الشفعة لمشترى الخيار على [ق / ١١٤ / ٩ب] مشترى البتل .

وأما على مذهب أشهب فإنه جعل في بيع الخيار كأنه مضى يوم اختيار المشترى إنفاذه ، فصار بائع الخيار قد وجبت له الشفعة في بيع البتل قبل أن يبيع ، لأنه يرى أن من وجبت له شفعة قبل أن يبيع ، أن بيعه لا يسقط شفعته ، وهو مذهب ابن الماجشون .

قال ابن الماجشون : إن اختار المشترى ، وله الخيار تنفيذ البيع ، كانت الشفعة لبائع الخيار في بيع البتل ، لأنه كأنه باع بعد أن وجبت له الشفعة .

وإن ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة ، فالشفعة لمشترى البتل فيما بيع بالخيار ، لأن بيع بالخيار إنما يثبت يوم الخيار ، وقال مثله أشهب .

وفي غير «كتاب ابن حبيب» : قال أشهب : الشفعة لمبتاع البتل في البيع بالخيار.

قال ابن المواز : والذى هو أحب إلينا أن تكون الشفعة للبائع الأول الذى باع بالخيار نفذ بيع شقصه أو رد ، لأنه لم يزل شريكًا في أيام الخيار حتى باع صاحبه ووجبت له الشفعة قبل وجوب بيع الخيار ، وقاله أصبغ ، ولم يعجبه قول ابن القاسم.

قال ابن المواز : وكذلك لو باع أحد الشريكين بيع بتل فلم يأخذ شريكه بالشفعة حتى باع هو أيضًا نصيبه من الذى اشترى من شريكه أو من غيره ولم يبق له في الدار شرك ولا حق ، فالشفعة له ثابتة لا يبطلها بيعه لمصابته ،كان بذلك عالمًا أو جاهلاً ، لأن الشفعة قضاء من رسول الله ﷺ وحق وجب له .

قال ابن القاسم : وإن باع شقصه وهو لا يعلم ، فلا شفعة ويكتب عهدته على المبتاع .

وقال أشهب في « المجموعة » : اختلف فيه قول مالك - رحمه الله - وأحب إليَّ أن لا شفعة له بعد بيعه .

قال ابن ميسر : لا شفعة له إلا أن تبقى له بقـية أخرى ، لأن الشفعة إنما تدخل عليه من الضـرر من تضييق الواسع وخراب العـامر ، فهذا ليس له شيء يدخـل فيه الضرر.

قال غيـره : ولو باع السلطان على غائب بعض شقصــه في دين عليه ثم قدم ، فلا شفعة له فيه كما لو باعه هو نفسه .

قال أبو مـحمد : ويتبين لي لو أن رجلاً باع شقـصًا له من دار ، ثم إن المشترى منه باع ذلك الشقص من رجل آخر ، إن لبـائعه الأول فيه الشفعـة ، ولا حجة عليه فيه ، وليس له أخذه بالشفعة من المشترى منه ، لأنه ولى بيعه .

م : والذى قاله أبو محمد قد قاله محمد ، وهو بيِّن .

في الشفعة في الكراء وفي المساقاة

ومن «كتاب كـراء الدور» : قال ابن القاسم : وإن اكترى رجـلان داراً بينهما ، ولأحدهما أن يكرى حصته منها .

قال مالك : ولا شفعة فيه لشريكه ، بخلاف البيع .

قـال ابـن المـواز : اختـلف قول مـالك في الشفـعة في الكراء ، واخـتلف فيـه أصحابه.

وروى ابن القـاسم القـولين ، وروى ابن وهب أن لا شفـعـة في الكراء ، وإنما الشفعة في البيع ، وقاله المغيرة وعبد الملك .

وقال أشهب : إن في ذلك الشفعة ، وقد بلغنى ذلك عن مالك .

ابن حبيب : وقاله مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ ، وبه أقول ، قال ابن المواز : وهو أحب إليَّ ، لأنه مما يخـرج إلى القيـمة التى معـها تضـييق الواسع وتغيير البناء ، ولمثل هذا وجبت الشفعة .

قال أشهب : فإن أحب أن يسلم الشريك شفعته وقاسمه السكنى ، فذلك له .

وإن طلب قسمة الدار مع شريكه في الأصل ، فذلك له .

وإن وقع نصيب المكرى على غير استوى ، فالمكترى مخير في التماسك أو الرد، وذلك إذا وقع له أقل من نصف الدار في الانتفاع لا في القـسمة .وإن لم يقع له أقل فلا حجة له .

قال : وكذلك رجلان اكتريا دارًا ، فأكرى أحدهما نصيبه ، فلصاحبه الشفعة ، وعهدته على المكترى من صاحبه ، ثم عهدتهما على رب الدار .

قال : وإن اكتريا دارًا ثم استقال أحدهما رب الدار فأقاله ، فلشريكه الشفعة على رب الدار المستقيل .

ابن المواز : **بل** يأخذ من المكترى الذى أقال ، كالإقالة في الشراء .

قال : وإن أكرى رجلان أرضهما ، أو ساقيا نخلهما من رجلين ، فأكرى أحدهما أو كلاهما الأرض من رجل ، أو ساقياهما ، أو أحدهما النخل من سواهما، فليس لصاحبى الأصل أو أحدهما شفعة في كراء ولا سقاء ، إذ لا شركة بينهما من المتكاريين في بئر ولا في كراء وقد سلما ذلك إليهما ، وإنما لهما رقبة ذلك، فهو كالمقسوم بينهما .

ولو أن أحد المكتاريين أو المساقيين ساقى أو أكرى حصته ، فلشريكه الشفعة دون صاحبى الأصل .

وإن سلم شفعته ، فصاحب الأصل أحق بالمساقاة لشركتهما في الثمرة ، ولا شركة لهما في الكراء .

قال : ولو لم يكرى صاحبا الأصل جميعًا ، ولكن أكرى أحدهما أو ساقى ، فلشريكه الشفعة في الكراء والمساقاة .

فإن سلم ذلك ثم ساقى المساقى غيره ، أو أكرى المكترى من غيره ، فإن له أيضًا الشفعة .

قال : ولو كان الأصل لواحد فأكرى النصف مشاعًا ، أو ساقى النصف مشاعًا، ثم أكرى المكترى من غيره أو ساقى المساقى من غيره ، فلرب الأرض الشفعة مثل ما لو باع ذلك مشاعًا ، ثم باعه مشتريه من آخر مشاعًا .

قال : ولو أكراه بيتا بعينه منها مقسومًا ، أو ساقاه كذلك ، فلا شفعة لرب الأصل فيما أكرى ، وله الشفعة فيما ساقى ، لشركته في الثمرة .

قال : [ق / ١١٥ / ٩ب] ولو أكرى من رجلين نصف أرضه ، أو ساقاهما نصف نخله ، فساقى أحدهما أو أكرى مصابته من رجل ، فشريكه أولى بالشفعة من صاحب الأصل فإن سلم ، فذلك لصاحب الأصل كما لو باعهما ذلك مشاعًا ثم باع

أحدهما حصته ، فشريكه المبتاع معه أشفع .

فإن سلم ، فصاحب الأصل الشريك لهما شفيع في ذلك ، وهذا على أصل أشهب الذى جعل المشترين كورثة الميت . وأما ابن القاسم فيرى للبائع منهم أن يدخل مع الشريك الذى لم يبع ، وقد بينا ذلك في أول الكتاب .

قال ابن المواز في باب آخر : ولو أن نخلاً بين شريكين ، فساقى أحدهما حصته، فقال أشهب : لا شفعة في ذلك لشريكه .

قال ابن المواز : وأظن ابن القاسم يرى في ذلك الشفعة ، وجدته في كتابى ولا أدرى ممن سمعته .

في الشقص ينكح به ، أو يخالع به ، أو يصالح به عن دم عمد أو خطأ أو قذف

قال ابن القاسم : ومن نكح أو خالع أو صالح من دم عمد على شقص ، ففيه الشفعة بقيمته يوم العقد ، إذ لا ثمن معلوم لعوضه ، يريد : ولا يجوز الاستشفاع في ذلك إلا بعد المعرفة لقيمته .

وقال الشافعي : فيه الشفعة بمهر المثل ، ودليلنا أن النكاح لما كان طريقه المكارمة والمواصلة دون محض المعاوضة فيتزوج الإنسان بعشرة أمثال بمهر المثل لرغبته في الزوجة ، ويتزوج آخر بعشر مهر المثل للرغبة في الزوج ، فلم يصح للبضع قيمة متقدرة ، فكان الرجوع إلى قيمة الشقص الذى تراضوا به أولى ،وقد يكون مهر المثل ألفًا فسامحته الزوجة فأخذت منه شقصًا قيمته مائة ، فلو ألزمنا الشفيع أن يأخذ الشقص بألف كنا قد رجعنا عليه وأعطينا للمرأة أكثر مما عاوضته به .

وقد يكون أيضًا قيمة الشقص ألفًا ومهر المثل مائة ، فلو جعلنا للشفيع أخذ الشقص بمائة وهو يساوى ألفًا كنا قد حيفنا على المرأة وأذهبنا تفضل الزوج عليها ، فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص .

وكذلك الحجة في الخلع وفي الصلح عن دم العمد ، إذ لا قيمة معلومة لذلك ، فكان الأعدل أن يرجع إلى قيمة الشقص ، وبالله التوفيق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : فإن أخذ الشقص عن دم خطأ ، ففيه الشفعة بالدية .

وإن كانت العاقلة أهل إبل ، أخذه بقيمة الإبل .

وإن كانت أهل ذهب أو ورق أخذه بذهب أو ورق ، ينجم ذلك على الشفيع كالتنجيم على العاقلة الدية في ثلاثة أعوام ، وثلثها في عام ، وثلثاها في عامين ، والنصف قال مالك مرة : يؤخذ في سنتين ، وقال أيضًا : يجتهد فيه الإمام على قدر ما يرى ، إن رأى أن يجعله فى سنتين أو في سنة ونصف فعل .

قال ابن القاسم : وفي سنتين أحب إليَّ ، لما جاء أن الدية تقطع في ثلاث سنين أو أربع .

ابن المواز : وأما أشهب فقال : يؤخذ في أول سنة ثلث الدية ،وفي السنة الثانية السدس .

قال ابن المواز : قال ابن عبدوس قال سحنون : لا يجوز أن يأخذ في النصف شقصًا ولا غيره حتى يمضى ، فيه قضية من حاكم بقطعها على العاقلة في سنتين أو غير ذلك ، لأن ذلك إلى اجتهاد الحاكم ،فهو مجهول ، فلا يباع بشيء حتى يعرف بالحكم في قول ابن القاسم .

وفي المصالح عن جميع الدية على شقص ، إن كان أعطى ذلك والعاقلة أهل ذهب أو ورق ، فالصلح جائز ، ويرجعوا عليهم بالأقل من قيمته أو الدية ، إن كان صلحه عليهم .

فإن كانوا أهل إبل ، وإن كان القاتل يعطى الشقص ولا يرجع عليهم بذلك ، فهو جائز .

وإن كان إنما يصالح عليهم ليرجع عليهم ، لم يجز الصلح ، لأنهم مخيرون ، ويرجع هذا إلى مسألة ابن القاسم في الكفيل يصالح عن الغريم .

وقد كان سحنون يقول في هذا الأصل : يقول عبد الملك : إن الدين له حكم العرض ، فإذا اشترى الشقص بالدية وهي ديته ، فإن كانت دنانير أو دراهم ، قومت بالعرض على أن تؤخذ في ثلاث سنين ، ثم يقوم العرض بعين .

وقال عبد الملك : يؤخذ ذلك بالعرض الذى قوم به الدين .

قال سحنون : وإن كانت الدية إبلاً قومت بالنقد على أن تؤخذ في ثلاث سنين، ثم يأخذ الشفيع بذلك أو يدع ، يريد نقدًا .

م : وكذلك ظاهر « المدونة » أن يأخذ بقيمة الإبل نقدًا ، ولم يجعل ذلك مثل الدين إذا أخذ منه شقصًا أنه يأخذه بمثل الدين إلى الأجل ، فكان يجب أن يأخذ بمثل الإبل إلى الأجل ، لأنها ثمن الشقص ، وهي موصوفة ، وأراه إنما فرق بين ذلك لأن صفات الإنسان غير محصلة ، فهي بخلاف أن لو كانت ثمنًا للشقص ، إذ لا يصح بيع الشقص إلا بأن تكون الإبل موصوفة معلومة الصفة .

فإن قيل : فقد قال : يؤخذ بقيمة الإبل ، وهل يقوم إلا ما يوصف ؟

قيل : لعله رأى أن الغرر في الصفة أخف من أخذ عين الإبل .

ومن كتاب الصلح وكتاب الشفعة : قال ابن القاسم : ومن صالح من موضحة عمد وموضحة خطأ على شقص جاز ، وفيه الشفعة بدية موضحة الخطأ ونصف قيمة الشقص ، لأنا قسمنا الشقص على الموضحتين ، فإحداهما معقولة والأخرى مجهولة.

ابن عبدوس : وهو قول أشهب .

وقال المخزومي : الصلح جائز ، وتحمل الدية الخطأ ، وهي خمسون على قيمة الشقص ، فإن يكن الخمسون ثلث الجميع استشفع بخمسين دينار وبثلثي قيمة الشقص ، فهكذا يحسب فيما قلّ أو كثر من الأجزاء .

قال ابن عبدوس : ونحوه عن ابن الماجشون ، وقاله سحنون في مسألة من خالعت [ق/١١٦ / ٩ب] على عبد آبق وزادها الزوج دنانير .

م : وقد شرحناه في كتاب الخلع .

ابن المواز : قال ابن نافع : لا يكون لموضحة العمد إلا ما فضل عن قيمة الشقص، فيأخذ بقيمة الشقص أبدًا ، إلا أن ينقص عن خمسين فلا ينقص منها ، وبهذا أخذ ابن المواز ، وأعاب قول ابن القاسم .

م : فوجه قول ابن القاسم أنَّا علمنا أن المصالح بالشقص إنما دفعه عوضًا من الموضحتين فكان أعدل الأشياء أن يجعل لكل موضحة نصف الشقص ، ولو جعلنا لموضحة الخطأ ما قابلها من قيمة الشقص وما فضل للعمد ، أمكن أن تستغرق موضحة الخطأ الشقص أو تزيد ، فتبقى موضحة العمد لا عوض لها ، وهو إنما دفع الشقص عنهما ، وهذا كمن باع سلعة بسلعتين ، إن قيمة السلعة مفضوضة على قدر

قيمة السلعتين، وإن كانت قيمة كل واحدة من السلعتين أكثر من قيمة المنفردة ، فكذلك الموضحتان .

ووجه قول المخزومي أن الشقص لو صالح به من موضحة عمد فقط كان للشفيع الأخذ بقيمة الشقص ، فصارت قيمة الشقص كأنها دية موضحة العمد .

ولو دفعه أيضًا عن موضحة الخطأ كان قيمة الشفعة بخمسين دية موضحة الخطأ، فلما دفعه عنهما ضرب في قيمته بموضحة الخطأ بديتها خمسين ، وبموضحة العمد بقيمة الشقص ، لأن كل واحدة لو انفردت كان كذلك يضرب لها ، وهذا أيضًا كمن أوصى بمعلوم ومجهول ، فإن جميع ذلك في الثلث ، يضرب فيه المعلوم بقدره ، والمجهول بالثلث .

ولو قلنا في الشقص المصالح به عن الموضحتين : إن نصفه عن الخطأ ونصفه عن العمد ، لوجب أن يقول فيمن أوصى بمائة دينار وبوقيد مسجد ، إن نصف الثلث لصاحب المائة ونصفه للمسجد متى كان أقل من مائتين .

ووجه قول ابن نافع أنه لما كان عوض الشقص معلومًا ومجهولاً ، والمجهول لا دية له إلا ما اصطلحوا عليه ، جعلنا ما قابل المعلوم من قيمة الشقص ثمنًا للمعلوم ، وذلك خمسون ، وما فضل عن ذلك ثمنًا للمجهول إذا لم يجد للمجهول مقدارًا نرده إليه ، فلم يجز أن ينقص المعلوم من مقداره لمقدار غير محقق .

فإن نقص قيمة الشقص عن خمسين ، لم يجز أن ينقص منها ، كالمشترى بالثمن الغالى . والفرق بين هذا وبين الوصايا أن موضحة العمد لما لم يجعل لها عوضًا معلومًا علمنا أنه إنما أراد أن يجعل لها ما فضل عن دية الخطأ المعلومة .

فإن لم يكن فضل ، علمنا أنه أراد إسقاطها والعفو عنها أن له ذلك ، والموصى قد أمر بتنفيذ وصاياه وأن يعطى كل ذى حق ما يجب له ، فوجب علينا النظر فيما يصير للمعلوم والمجهول .

والفرق أيضًا بينها وبين من اشترى سلعة بسلعتين ، أن السلعتين معلومتا القيمة، وموضحة العمد مجهولة ، فلا يقاس مجهول على معلوم .

وإن كان إنما صالح من موضحة عمد وموضحة خطأ على شقص ، فعلى قول عبد الملك أن المجهولات في الوصايا يضرب لها كلها بالثلث .

فالجواب على ما قدمناه في جميع الأقوال لا يختلف ، وعلى قول من قال في

الوصايا : يضرب لكل مجهول بالثلث ، فينبغي على قياس قول ابن القاسم في هذا أن يأخذ الشفيع بخمسين دينار وبثلثي قيمة الشقص ، لأنه قسم الشقص على المواضح ، فوقع لكل موضحة ثلث الشقص .

وعلى قياس قول المخزومي ، الخمسين دية موضحة الخطأ على قيمة الشقص مرتين .

فإن كانت الخمسون خمس الجميع استشفع بخمسين دينار ، أو بأربعة أخماس قيمة الشقص .

وأما على قول ابن نافع فلا يتغير في كلا المذهبين .

وقيل : إن قول ابن القاسم لا يختلف أيضًا ، والأصح ما قدمناه .

قال يحيى بن عمر : ولو صالحه منهما بشقص وبعشرة دنانير ، فالعشرة مأخوذة من موضحة الخطأ خاصة ، ويأخذ الشقص بأربعين دينارا وبخمسة أتساع قيمة الشقص ، يريد في قول ابن القاسم .

قال : وإن صالح منهما على شقص وعرض قيمته عشرون ديناراً ، فالعرض مقسوم على الموضحتين ، إذ ليس من جنس ما يجب في الخطأ ، فلم يختص بإحداهما دون الأخرى وليأخذ الشفيع الشقص بأربعين دينار أو بنصف قيمة الشقص.

قال أبو محمد : ولو قيل : إن مجرى كلام ابن القاسم أن يقسم أيضًا ما أخذ من عين الشقص على الموضحتين كما فعل في العرض لكان صوابًا ، وذلك أن يقسم الشقص والعشرة على الموضحتين ، فيقع لكل موضحة نصف الشقص وخمسة دنانير، فيأخذ الشقص بخمسة وأربعين ، ففيه موضحة الخطأ ونصف قيمة الشقص عن موضحة العمد ، لأنه أخذ من موضحة العمد خمسة دنانير ونصف شقص وقيمتها مجهولة ، فوجب أن يأخذ النصف الآخر بنصف قيمة الشقص .

م : وفي هذا القول نظر ، إذ لو دفع ثمانية وتسعين ديناراً مع الشقص لقلت يأخذ بدينار بقية دية من موضحة الخطأ ، وبنصف قيمة الشقص ، ولو دفع مائة دينار مع الشقص ، فيجب على هذا أن يقول : يأخذ بنصف قيمة الشقص ، فيكون ذلك ليس بمستقيم ، ويظهر لي أن كلام يحيى يجعل العين كله للخطأ أصوب ويضرب للعمد بخمسين مع ما بقى من دية الخطأ ، ويأخذ بخمسين للعمد حصتها من قيمة

الشقص ، فيأخذ بذلك مع ما بقى من ديـة الخطأ ، فإن استغرق العين دية الخطأ أخذ الشقص بقيمته .

وكذلك إذا زاد [ق/١١٧ / ٩ب] العين على دية الخطأ أخذ الشقص لقيمته .

م : وقول أصبغ في العرض المأخوذ مع الشقص أصوب من قول يحيى .

قال أصبغ : إذا صالح منهما على شقص وعبد ، وقيـمة العبد كقيمة الشقص ، فقد أخـذ العبد بنصف الموضحـتين وبقى للشقص نصفهـا ، فيأخذ بنصف مـوضحة الخطأ وبنصف قـيمـة الشقص مـا بلغ .وإن كـان العبـد من ذلك الثلث أو الربع أو الثلثين، فما بقى للشقص فهو للموضحتين .

قال أصبغ: ولو كان المجروح أعطى عبدًا وأخذ شقـصًا ، فقال : تقوم موضحة العمد بالاجـتهاد ، وينظر ما قـيمة العمد وإلى عـقل موضحة الخطأ ، فـيأخذ بذلك كله.

قال أبو مـحمد : يريد أصبغ : إن كـانت قيمة العـبد بالاجتهـاد قدر الثلث من الجميع أخذ الشقص بخمسين للخطأ ، وبقيمة العبد وبثلث قيمة الشقص .

م : ويحتمل أن يكون إنما أراد أصبغ أن تقوم موضحة العمد بالاجتهاد بالعين ، ويعلم قيمة العـبد بالعين أيضًا ، ويضاف ذلك إلى دية موضحة الخطأ ، فـيصير ذلك عينًا كله ، فيأخذ بذلك الشفيع أو يترك ، والذى يجرى على القياس قول ابن القاسم أن تعلم قيمة العبد ، فإن قيل : خمسـون ، أضافها إلى دية موضحة الخطأ ، فتصير مائة ، فيأخذ بها وبنصف قيمة الشقص ، لأنه دفع الشقص عن معلوم ، وذلك قيمة العبـد ودية موضحة الخطأ ، وعن مـجهول وهي دية موضـحة العمد ، فـقسم ذلك بينهما .

م : ويحتمل أيضًا أن تجعل ديـة موضحة العمد كأنها خمـسون ، ودية موضحة الخطأ خمسون ، وينظر إلى قيمة العبد ، فإن كانت خمسين استشفع بمائة وبثلث قيمة الشقص .

وإن كانت قيمة العـبد مائة استشفع بمائة وخمسين وربع قيمـة الشقص كما فعل ابن القاسم إذا لم يدفع المجروح شـيئًا جعل دية موضحة العـمد والخطأ سواء ، لأنه جعل للعمد نصف قيمة الشقص .

قال ابن المواز : ولو دفع الجارح في الموضحتين عبدًا وأخذ من المجروح شقصًا ، فإن زادت قيمة العبد على قيمة الشـقص ودية موضحة الخطأ شيئًا ، فالزيادة للعمد . وإن لم تزد لم يكن للعمد شيء.

م : مثل أن تكون قيمة العبد مائة وخمسة وعشرين ، وقيمة الشقص خمسين ، فصار خـمس العبد للعمد ، وخـمساه للخطأ ، وخمـساه للشقص ، فيأخـذ الشفيع بخمسى قيمة العبد .

قال : وإن كان قيمة العبد مائة أو أقل ، علم أن العمد لم يؤخذ له شيء ، ولم يأخذ الشفيع إلا بنصف قيمة العبد إن كانت قـيمة الشقص خمسين، وإن كانت قيمته مائة أخذ بثلثى قيمة العبد ، وهذا على قياس قول ابن نافع .

وأما على قياس قـول ابن القاسم فينظر إلى قيمة الشقص ، فـإن كانت خمسين صار المجروح دفع دية مـوضحة الخطأ خمسين وموضـحة عمد بمثل ذلك لتسـاويهما عنده ، وشقصـًا بخمسين ، وأخذ في جـملة ذلك عبدًا ، فيجـب أن يؤخذ الشقص بثلث قيمة العبد ، لا تبالى ما يساوى العبد .

وعلى مذهب المخزومى ينظر إلى قيـمة العبد ، فإن كانت مائة كـان مدفوعًا عن موضحة العمـد خاصة ، ثم تحمل عليه موضحة الخطأ وقيمـة الشقص وهي خمسون فيكون الجميع مائتين ، والذى ناب الشقص ربع قيمة العبد ، فيأخذ الشفيع بذلك .

قال ابن المواز : ولو أخذ من موضحة الخطأ شقصًا ودفع خمسين دينارًا ، فليأخذ الشفيع بمائة .

وإن كانت موضحة عمد فقط فودى المجروح عشرة دنانير وأخذ شقصًا ، فلينظر إلى قيمته ، فإن كانت خمسين فعلى الشفيع عشرة وأربعة أخماس قيمة الشقص .

وإن كانت قيمته ستين ، فعشرة وخمسة أسداس قيمة الشقص .

م : وذلك راجع إلى أن يأخـذ بقيمـة الشقص مـا لم ينقص عن عشـرة ، فلا ينقص منها ، وهو على قياس قول ابن نافع .

قال ابن المواز : ولو نكح بشقـص ومعه عـرض أو مال ، فالشـفعة فـيه بقيـمة الشقص ما بلغ .

وإن كانت قيمته ربع ما دفع معه أو ثمنه ، لم يأخذ الشفيع إلا بقيمته .

وكذلك لو خالعت به امرأة زوجها ، أو صالحت به من دم عمد ، ومع الشقص غيره من عرض أو عين ، لم يأخذه الشفيع إلا بقيمته ، وقاله عبد الملك .

وفي «كتاب محمد» زيادات كثيرة من هذا الصنف يطول ذكرها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم :ومن صالح من قذف على شقص أو مال ، لم يجز ورد ولا شفعة فيه ، لأن الحدود التى هي لله لا عفو فيها إذا بلغت الإمام ، فلا يجوز الصلح فيها على مال قبل أن تبلغ الإمام ،وإنما للمقذوف العفو ما لم يبلغ الإمام ، فإذا بلغه أقيم الحد .

قال أبو محمد : قال أبو بكر : الذى أقول به أنه يجوز العفو عنه وإن بلغ الإمام وإن لم يرد سترا ، وهو قول مالك الأول ، لأنه إذا كان له أن يقوم به كان له تركه والعفو عنه .

وإن صالح عليه بما أحب ، فيجوز ذلك .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وكذلك من قتل قتيلاً في حرابة ، فأخذ قبل أن يتوب ، لم يجز فيه عفو الأولياء وإن بلغوا الإمام ، ولا صلحهم على مال ، وذلك مردود .

في الشفعة في الشقص يؤخذ في كراء أو إجارة أو صلح

[ق /١١٨ / ٩ب] **قال مالك** : ومن اكترى إبلاً إلى مكة بشقص ففيه الشفعة بمثل كراء الإبل إلى مكة .

ولو اكترى به دارًا فبقيمة كرائها .

ولو أجر به أجيرًا ، فبقيمة الإجارة .

وقال أشهب في « المجموعة » : يأخذ بمثل كراء الإبل إلى مكة من مثل صاحبها، إن كان مضمونًا فمضمون ، وإن كانت بأعيانها فبأعيانها ، وقاله عبد الملك في الإجارة بمثل أجرة من استئجر بها .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : وإن أخذ الشفيع بذلك ، ثم مات الأجير أو انهدم المسكن أو هلكت الدابة بعد أن مضى نصف تلك المنافع ، فليرجع بقيمة نصف شقصه ، لأن أخذ الشفيع فوت .

وقال أشهب في « المجموعة » : إذا ماتت الإبل في نصف الطريق ، فيرجع عليه المتكارى بنصف قيمة الشقص ، ورجع المكرى على الشفيع بما رجع به رب الشقص عليه، ويقاصه من نصف ما أخذ منه من قيمة كراء إبله ، إلا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص ، فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء إبله ، ويدفع له من ذلك نصف قيمة الشقص ، ونحوه عن عبد الملك .

م : وهذا على أصل عبد الملك فيمن اشترى شقصًا بعبد ،فأخذ الشفيع بقيمته ، ثم استحق العبد ، وقد تقدم القول فيه.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن تكفل بنفس رجل ، فغاب فصالح الطالب الكفيل على شقص ، فجائز إن عرفا مبلغ الدين ، وفيه الشفعة بمثل الدين ، ويرجع الكفيل على المطلوب بالأقل من المال الذى عليه أو من قيمة الشقص ، وإن لم يعرف كم الدين ؟ فلا يصح الصلح فيه .

قال أشهب في « المجموعة » : فإن صالحت وأنت لا تدرى ما يثبت الذى تكفلت له إلا أنه قد سماه لك ، فللشفيع أن يحلفه أن دينه كذا وكذا ، ثم يأخذ الشفيع بذلك إن شاء ، فإن أخذ به ثم جاء الغريم فلم يستحق قبله من دعواه شيئًا ، لم يرجع الكفيل عليه بشيء ورجع على المتحمل له بالثمن الذى أخذ من الشفيع ، لأنه الذى رضى أن يبيع به شقصه وهذا إن كان صلحًا بغير إقرار . وإن كان بإقرار منك لم ترجع عليه بشيء ، والشفعة في جميع ذلك إنما أخذها به ، ثبت الحق أو لم يثبت أو ثبت بعضه .

وإن كان إنما تحمل بالوجه ، فليس من المال في شيء ، فصالحه على شقص ، فللشفيع الشفعة بالأقل من قيمة الشقص أو مما على الغريم .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : والطالب يصالح المدعى عليه من دعواه وهو منكر، على شقص من دار ، إنه لا شفعة فيه ، لأنه كالهبة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ومن تكفل بنفس رجل ولم يذكر ما عليه ، جاز .

فإن غاب المطلوب ، قيل للطالب :اثبت حقك ببينة وخذ من الكفيل .

فإن لم تقم بينة وادعى أن له على المطلوب ألف درهم ، فله أن يحلف الكفيل

على علمه ، فإن نكل حلف الطالب واستحق ، يريد : ولا يرجع الكفيل على المطلوب بما غرم من سبب نكوله إلا أن يقر له المطلوب ، وللكفيل أن يحلفه . وإن نكل غرم .

قال ابن القاسم : ومن ابتاع دارًا فاستحق رجل منها شقصًا ، فاصطلحوا على أن يأخذ المستحق بالشفعة بيتًا من الدار بما يصيبه من الثمن بعد تقويم جميع الدار ، فذلك جائز .

قال في باب بعد هذا : ومن ادعى شقصًا في دار بيد رجل فصالحه منه على مال، فإن جهلاه جميعًا ، قال سحنون : إذا عرفاه جميعًا ، جاز ذلك .

وإن عرف المدعى دعواه منهما وحده فليسمه ، وإن لم يسمه بطل الصلح ، ولا شفعة فيه .

وقد قال مالك في الزوجة إذا صالحت الورثة على ميراثها : فإن عرفت هي وجميع الورثة مبلغ التركة جاز الصلح ، وإلا لم يجز .

قال ابن المواز : ومن ادعى حقًا في دار رجل غائب عنه معرفته ، والمدعى عليه منكر ، فصالحه منه بدنانير ، فلا شفعة في ذلك .

ومن « المدونة » : وإن ادعيت دارا بيد رجل فأنكر فصالحك منه على شعص دفعه إليك من دار له أخرى ، فالشفعة في الشقص الذى لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه ، لأن قابضه مقر أنه إنما اشتراه ودفع في ثمنه السدس المدعى فيه ، ولا شفعة في السدس المدفوع فيه الشقص ، لأن قابضه يقول : إنما أخذت حقى وافتديته بما دفعت فيه ولم أشتره .

قال أبو محمد : ولو كان الصلح على إقرار كانت الشفعة في الشقص .

ولو صالحه منه على عرض أو دراهم ، فإن كان على إقرار ، ففيه الشفعة بقيمة العرض أو بمثل الدراهم .

وإن كان على إنكار ، فلا شفعة فيه .

ومن ادعيت عليه أنه قتل دابتك ، فصالحك على شقص ، ففيه الشفعة بقيمة الدابة ، والقول قولك في قيمتها ، ولا تكلف صفتها .

وإن ادعيت ما لا يشبه ، صدق الشفيع فيما يشبه ، كقول مالك فيمن اشترى شقصًا بعرض وفات العرض ، ثم قام الشفيع : إن القول فيه قول المشترى .

والصلح عن القذف والحدود على شقص لا يجوز ، بلغت السلطان أو لم تبلغه.

قال بعض الفقهاء : إذا لم تبلغ السلطان لا يجوز العفو فيها على مال ، وذلك حق له ، إن شاء قام به ، وإن شاء تركه .

وإذا عفى عنه لزمه ذلك ، فأشبه الجراح ، إلا أن يكون على مذهب أشهب الذى يقول : إن العافي في القذف له أن يقوم بعد أن عفا ، وأنه على هذا حق لله تعالى كالزنا والسرقة الذى لا يجوز فيه العفو .

وأما بعد بلوغ الإمام ، فلا عفو فيه ، فيصير حينئذ كالزنا والسرقة .

ومسألة من اشترى [ق/ ١١٩ / ٩ب] داراً فهدمها وبناها ، ثم استحق رجل نصفها واستشفع ، قد تقدمت في باب ما يحدث بالشقص من هدم أو بناء .

في شفعة المفاوض والمقارض والعبد ومن فيه بقية رق ، وشفعة ذات الزوج ، وميراث الشفعة

قال مالك : وليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة ، لأن بيع أحدهما يلزم صاحبه .

قيل : فإن تفاوضا في الدور ؟

قال : ما أعرف المفاوضة في الدور ، فإن نزل فلا شفعة للآخر .

قال : وإذا اشترى المفاوض من المال شقصاً هو شفيعه وفيه فضل ، فله الشفعة ولا يمنعه رب المال .

ولو كان رب المال هو الشفيع ، فله القيام أيضاً ، لأن مالكاً قال فيمن اشترى شقصاً هو شفيعه مع آخر : إن المبتاع يضرب فيه بالشفعة بقدر نصيبه قبل الشراء ، ولا يضرب بما اشترى .

قال أشهب في « المجموعة » : وعهدة كل واحد من المفاوض ورب المال على البائع .

قال مالك : وليس لرب المال أن يبيع شيئاً مما في يد العامل بغير أمره .

قال : ولأم الولد والمكاتب الشفعة ، وللعبد المأذون ، فإن لم يكن مأذوناً ،

فذلك لسيده ، إن أحب أخذ العبد أو ترك .

فإن أسلمها المكاتب لزمه ، ولا أخذ للسيد .

وإن أسلمها المأذون ، فلا قيام لسيده .

ولو أراد المأذون أخذها وسلمها السيد ، فإن لم يكن العبد مديانًا ، جاز تسليم السيد ، وإن كان مديانًا وله فيه فضل ، فلا تسليم لسيده .

قال ابن المواز : وإن سبق المأذون فأخذ أو سلم قبل أن يعلم سيده لزمه ، ولا قول للسيد بعد ذلك .

وكذلك إن سبق السيد من سبق منها ، فلا كلام للآخر إلا أن يكون على المأذون دين ، فلا يلزم تسليم السيد .

قال : وإن أخذها المأذون وفيها غبن شديد أو في تسليمها ، وعلم أن فيه محاباة ببينة ، فليس له ذلك .

قال : وأم الولد والمدبر والمعتق إلى أجل ، وكل من لسيده انتزاع ماله ، مثل العبد المأذون من سبق منهم ، أو من سيدهم بإسلام أو بأخذ ، فذلك نافذ لازم ، رضي الآخر أو كره .

قال مالك : وأما المكاتب فذلك له دون السيد ، وله أن ينقض تسليم سيده أو أخذه.

قال أشهب : إلا أن يتبين من المكاتب في تركه أو أخذه محاباة ببينة ، يريد : فللسيد نقضه ، وإلا فما فعل من ذلك على وجه النظر فجائز .

قال ابن المواز : والمكاتب والمعتق بعضه وأم الولد والمدبر والمعتق إلى أجل والعبد إذا لم يكن لواحد منهم مال يأخذ به الشفعة فطلبوا الأخذ ، فليس للسيد أخذ ذلك لنفسه ، لأن الشفعة لغيره وجبت ، فأما أن يأخذ ذلك لمن وجبت له بسلف أو هبة ، فذلك جائز في عبده ومدبره وأم ولده ومعتقه إلى أجل على ما أحبوا أو كرهوا ، ولا حجة للمشترى ، وليس له ذلك في المكاتب والمعتق بعضه إلا برضاهما .

م : إذ لا يقدر على انتزاع أموالهما .

ومن « المدونة » : قال مالك : ولذات الزوج تسليم شفعتها وإن كان في ذلك فضل كثير وأخذها ، وإن كان فيها غبن كثير ، إلا أن يكون الغبن أكثر من ثلثها

فلزمها رده .

قال : ولها الشراء والبيع ، ولا يمنعها من ذلك زوجها ولا من أن تتجر .

وإن حابت في الشراء والبيع فذلك في ثلثها ، فإن جاوزه بطل الجميع إن لم يجزه الزوج ، والمغيرة يجيز منه الثلث كوصيتها .

قال مالك : وليس لأحد رد محاباتها إذا لم تكن سفيهة في عقلها ولم يولى عليها إلا الزوج .

وفي «كتاب الكفالة» من هذا : قال مالك : وتورث الشفعة عن الميت .

فيمن أعمر عمرى على عوض ، أو تصدق بدار على أن ينفق عليه حياته ، ومسائل من الهبة

قال مالك : من أعمر عمرى على عوض لم يجز ورد ، ولا شفعة فيه ، لأنه كراء فاسد . ويرد المعمر الدار ، وإن استغلها رد غلتها وعليه إجارة ما سكن ، لأن ضمانها من ربها ويأخذ عوضه .

قال ابن المواز : والصواب أن تكون الغلة التى استغلها ، وعليه كراء مثلها في السنين التى سكنها ، ويفسخ ما بقي من عمره ، لأنه كراء إلى أجل مجهول ، وكل من اكترى كراءً فاسدًا فسكن فعليه كراء مثله وإن كان ضمانه من ربه .

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن تصدق على رجل بدار على أن ينفق عليه حياته ، فهذا بيع فاسد ، والغلة للمتصدق عليه ، لأنها في ضمانه ويرجع بما أنفق ، ويرد الدار . ولو هلكت الدار بيده بغرق أو غيره ضمن قيمتها يوم قبضها ، وتجوز الهبة غير مقسومة .

قيل : فما وهب للغائب ، أو تصدق عليه به ، أيكون الذى في حجره قابضًا له ولم يجعله السلطان ناظرًا ولا وصيًا ؟

قال : نعم ، لأن مالكًا قال : من تصدق على غائب بصدقة ودفعها إلى أجنبى ليقبضها للغائب ويحوزها له ، والغائب غير عالم بالصدقة ، أن ذلك جائز ، والموهوب له الشقص ، والمتصدق به عليه يقول له الشفيع : [ق / ١٢٠ / ٩ب] أخاف أنك ابتعته منه ، أو عاوضته فيه سرًا وأردتما قطع شفعتي بما أظهرتما فاحلف ، فإن كان ممن يتهم أحلفه وإلا لم يحلف .

جامع مسائل مختلفة فيما فيه الشفعة أم لا

قال ابن القاسم : والشفعة في دور القرى كهى في دور المدائن .

وإذا كان حائط بين رجلين ، فباع أحدهما حصته منه ، فالشفعة فيها لشريكه .

وإن ملكه أحدهما وللآخر فيه حمل خشب ، فلا شفعة لمن له الحمل . ومن له علو دار ولآخر سفلها فلا شفعة لأحدهما فيما باع الاخر منهما .

قال مالك : ولا شفعة في أرض العنوة ، ولا يجوز بيعها . وأما أرض الصلح تباع ، فإن كان على أن خراج للأرض باق على الذمى البائع ، فجائز ، والشفعة فيها إن كان شريكه مسلم .

فإن اشترط الخراج على المبتاع المسلم ، لم يجز ، إذ بإسلام الذمى ينقطع الخراج عنه وعن الأرض ، وهذا مجهول وغرر.

قال سحنون : قال أشهب : بيعها جائز وعلى المسلم الجزية إذا اشترط ذلك عليه الذمى .

وروى ابن نافع عن مالك أنه لا يجوز لأهل الذمة بيع أرضهم من نصراني ولا من مسلم إذا كان عليها جزية ، وإن كانت الجزية على جماجمهم ولم تكن على أرضهم جزية ، كان بيعها للمسلمين والنصارى جائزًا ، وهذا في كتاب التجارة بأرض الحرب مذكور .

قال في «كتاب الشفعة» : ولا ينبغي لرجل أن يبيع من رجل أرضًا على أن على المبتاع كل عام شيئًا يدفعه .

ومن غصب عبدًا فابتاع به شقصًا فلا قيام للشفيع ما دام العبد لم يفت ، فإن فات فوتًا تجب به على الغاصب به قيمته ، فللشفيع الأخذ بقيمة العبد يوم اشترائه الدار .

ابن المواز : لأنه لو أعوز عند الغاصب لزمته قيمته صحيحًا ، ولا يكون على الشفيع إلا قيمته على حالة ما كان يساوى يوم اشترائه الشقص .

قال محمد : ولا يأخذ الشفيع حتى يفوت العبد بموت ، ولا تفيته العيوب هاهنا، لأن رب العبد بالخيار ، إن شاء أخذ عبده ناقصًا إذا لم يفت بموت وينقض

بيع الشقص ، وإن شاء أجاز ذلك وأخذ ثمنه من بائعه .

قيل : فإن مات العبد ، أيجب للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يعرف قيمة العبد ؟

فقال : نعم ، إذا كان قد عرفا العبد قبل أن يموت ، كما لو اشترى رجل شقصًا بعبد أو حمار لوجب للشفيع الشفعة قبل معرفة قيمة العبد أو الحمار ، وإنما مثل ذلك كما لو اشترى رجل عبدًا أو حمارًا قبل أن يعرف قيمة ذلك ، أن ذلك جائز .

فأما إذا احتج إلى أن يعرف قيمة الشقص ليأخذ بها ، فلا شفعة إلا بعد معرفة قيمته .

م : والقياس أن ذلك سواء ، فلا فرق بين أن يأخذ الشقص بقيمته أو بقيمة غيره.

وأما احتجاجه بقوله : كما لو اشترى عبدًا أو حمارًا قبل أن يعرف قيمته ، فذلك غير معتدل ، لأنه إنما اشترى معلومًا بثمن معلوم ، فلا ينظر إلى قيمته ، وإنما تشتبه المسألتان أن لو جاز أن يشترى العبد أو الحمار بقيمته ، فلما كان ذلك لا يجوز، فكذلك لا يجوز أن يأخذ الشقص بشفعته حتى يعرف قيمته .

قال سحنون : ليس جواب ابن القاسم في العبد الغصب جوابًا ، وإنما ينظر ، فإن كان مشترى العبد عالمًا بالغصب فاشتراه على ذلك ، فإنه ينظر ربه ، فإن جاء فأجاز البيع وجبت الشفعة .

وإن أخذ عبده انفسخ البيع وإن لم يعلم مشتريه بالغصب ، أو علم بذلك في قيام الشفيع ، فإن كان رب العبد قريب الغيبة انتظر حتى يقدم فيجيز أو يفسخ .

وإن بعدت غيبته ، فللمبتاع فسخ البيع ، ويرجع إليه الشقص .

فإن لم يعلم حتى أخذ الشفيع بالشفعة ، فقد مضت الشفعة ويرجع إلى مسألة ابن القاسم إذا أخذ بالشفعة ثم استحق العبد .

ومن « المدونة » : ولو غصب ألف درهم فابتاع بها شقصًا، فالشراء جائز ، وللشفيع الشفعة مكانه ، وعلى الغاصب مثلها .

وإن وجدها المغصوب منه بعينها بيد البائع ، وأقام عليها البينة ، أخذها ورجع

البائع على المبتاع بمثلها ، والبيع تام .

وإذا ادعى المبتاع أنه بنى ،وأكذبه الشفيع ، فالمبتاع مدع .

جامع مسائل مختلفة من الشهادات والأقضية والاستحقاق وغيره

قال ابن القاسم : ومن لا تجوز شهادته من القرابة لقريبه ، فلا يجوز أن يشهد له أن فلانًا وكله على شيء ، ويجوز أن يشهد عليه أنه وكل غيره .

قال مالك : وما لا تجوز فيه شهادة النساء من عتق أو طلاق أو قتل ، فلا تجوز شهادتهن على الوكالة فيه .

قال : وتجوز شهادتهن في الأموال وفي الوكالة عليها ، وتجوز شهادتهن في الوكالة على أخذ الشفعة أو تسليمها ، أو على أنه شفيع ، أو يشهدن على المبتاع أنه أقر أن فلانًا شفيع هذه الدار ، وذلك جائز لأنه مال ، وكل ما جازت فيه شهادتهن جاز أن يشهدن على الوكالة فيه .

قال مالك : ولا تجوز تزكيتهن على كل حال ، لا للرجال ولا للنساء ، فى شهادة مال ولا غيره .

قال ابن القاسم : وللحاضر أن يوكل من يطلب شفعته ، أو يخاصم عنه خصمًا له ، يريد : [ق / ١٢١ / ٩ب] وإن لم يرض بذلك الخصم ، إلا أن يوكل عليه عدوًا له ، فلا يجوز .

وقد قال مالك فيمن ابتاع دينًا على رجل أراد بذلك إعاقته لعداوة بينهما : إنه لا يمكن من ذلك .

قيل لمالك : فرجلان اختصما عند قاضٍ ، ونظر في أمرهما وتحاجا ، فحلف أحدهما أن لا يخاصم صاحبه ، فأراد أن يوكلَ عليه .

قال : ليس له ذلك إلا لعذر ، مثل أن يشتمه أو يتسرع عليه .

قال ابن القاسم : أو أراد سفرًا أو غزوًا أو حجًا ، أو مرض فلم يكن ذلك منه لددًا بصاحبه ، ولا قطعًا له في خصومته ، فله أن يستخلف ، ويكون المستخلف على حجة الأول ، أو يحدث من الحجة ما شاء ، وما كان أقام الذى لم يوكل من حجته أو بينة قبل وكالة صاحبه فهي جائزة على الوكيل .

فصل

ومن بنى مسجدًا على ظهر بيته أو في أرضه على وجه الصدقة والإباحة ، أو حبس عرصة أو بيتًا علي المساكين أو على المسلمين لم يجز له بيع ذلك .

فصل

وإذا أسلم عبد النصراني ومولاه غائب ، فإن بعدت غيبته ، باعه السلطان عليه ولم ينتظره .

وإن قربت غيبته ، نظر في ذلك وكتب إليه .

وكذلك إسلام الزوجة قبل البناء يفسخ في البعيد بغير طلاق ولا عدة عليها ، وينتظر في القريب خوفًا أن يكون قد أسلم قبلها .

وإن بنى وغيبته بعيدة ، أمرها الإمام بالعدة .

فإن قدم بعد العدة ، وقد أسلم بعدها ، أو بعد إسلام التي لم يبن بها ، فلا سبيل له إليها .

وإن أسلم في الوجهين ، فيها أو في التي بنى بها في العدة ، وهو أحق بها ما لم تنكح ويدخل بها الثاني ، كالمفقود .

فصل

ومن اشترى أرضًا ونخلاً في صفقة ، والأرض أرض النخل ، فاستحق من النخل شيء يسير وضع عنه حصته من الثمن ولزمه البيع في الباقي .

وإن استحق من النخل كثيرا - يعنى على الأجزاء - فله رد جميع ذلك ، أو يتماسك بما بقى في يديه ويأخذ من الثمن بقدر ما استحق من النخل .

فإن كانت الأرض على حدة والنخل على حدة فابتاعها في صفقة ، فاستحق بعض النخل ، فإن كان ما استحق معها وجه الصفقة وفيه رجاء الفضل ، فله رد جميع ذلك .

وإن لم يكن وجه الصفقة ، فله رد جميع النخل خاصة إن كان للمستحق منها أكثرها .

قال سحنون : لا يرد جميعها ولكن ما استحق منها خاصة .

قال ابن القاسم : وإن كان ما استحق منها تافهًا ، فإنما ينتقض من الصفقة حصة ذلك ، ويرجع بما يصيبه من الثمن ، وتصح بقية الصفقة . وإن ابتاع دارين في صفقة، فاستحق بعض واحدة وهي ليست بوجه ما اشترى ، فإن كان ما استحق من هذه الدار تافهًا رجع بحصته من الثمن فقط .

فإن كان أكثر تلك الدار وهو ضرر ، رد تلك الدار فقط بحصتها من الثمن ، ولا يرد الأخرى .

قال سحنون : وإذا كان المستحق أكثرها ليس بوجه الصفقة لم يرد إلا ما استحق منها فقط .

قال ابن القاسم : وإن كانت وجه الدارين واستحق جلها أو ما فيه ضرر ، رد الدارين لذلك .

وإن استحق ما فيه منها لا ضرر فيه ، رجع بحصته من الثمن من الدارين فقط .

وإذا كانت دار بين رجلين نصفين ، فباع أحدهما نصفًا منها بعينه قبل القسم بغير أمر شريكه ، ثم قدم الشريك فله نصف المبيع ، فإما أجاز بيعه وأخذ نصف ثمن المبيع ، وإلا أخذ منه حصته وأخذ باقيه بشفعته إن شاء ودفع نصف الثمن للمشترى، ويرجع المشترى بنصف الثمن الباقي على البائع ، ثم يقاسم الشفيع شريكه النصف الباقي إن شاء .

قيل : أو لا يقاسم هذا الذى لم يبع شريكه الذى باع ، فإن وقع النصف المبيع في حصة بائعه مضى عليه .

قال : لا ، ولكن يفعل ما وصفنا .

ابن المواز : قال مالك : وإن شاء لم يجز بيع حصته ، أو أخذها وسلم الشفعة وقاسم شريكه بقية الدار ، ويكون المبتاع مخيرًا في التماسك به أو يرده ، فترجع الدار بين الشريكين كما كانت .

وإن شاء جعل بيع شريكه قسمة وأمضى ذلك ثم لا شفعة له في البيع ، وإن شاء فسخ بيع الشريك كله وقاسم شريكه الدار كلها ، لأنه يقول : أدخل البائع على مقاسمة بعض الدار دون بعض إذا لم آخذ بالشفعة ، ولم أرض بشركة من باع منه.

م : ومن حجته أيضًا أن يقول : أقاسم هذا ، ثم أقاسمك أيها الشريك ببقية

الدار ، إن كـان ذلك ينقسم ، فـأؤدى حق القاسم مـرتين ، فذلك ضـرر ، ولكنى أفسخ وأقاسـمك مرة واحدة ، وقد يكون أيضًا ينقـسم على اثنين ، ولا ينقسم على أربعة إلا بضرر ، فأفسخ لذلك .

ثم ذكر محـمد بعد ذلك قول أشهب ، وذكره ابن عـبدوس عن سحنون أنه لم يجز البيع في نصـيبه ، ولا أجاز بيع نصيب شريكه ، ولا أخذ بالـشفعة ، فليس له فسخ البيع حتى يقاسم شريكه البائع الدار نصفين .

فإن وقع ما باعه في سهم البائع نفذ فيه البيع .

وإن لم يقع في سهمه انتقض البيع .

ابن المواز : وكذلك قال أشـهب : فى بيع أحدهما بيتًـا من الدار بعينه ، أو بيع حصـته من فـحل النخل ، فإن لم يأخـذ بالشفـعة ولا أجـاز بيع حظه ولا سلم بيع نصف شريكه مما باع ، فلا يفسخ ذلك حتى يقاسم شريكه الدار أو النخل .

قال : لأن فحل النخل يقسم معها ، فقد يقع في القسم لأحدهما .

قال أشهب : وأما من باع نصيبه من عرصة الدار فله إذا أبى مما ذكرنا الفسخ قبل المقاسمة فـي العرصة ، لأن العرصة لا تنقسم إلا بتـراضى الشريكين ، وبيع الشريك مصابته من العرصة قسمة لهـا فإن رضى شريكه أنفذه له ، وإن شاء أخذه بالشفعة ، وإن شاء فسخ بيعه .

قال أشهب : [ق/ ١٢٢ / ٩ب] وأما بيعه لنصيـبه من بئر الأرض أو عينها ، فليس للآخر فيـه فسخ ، إنما له الأخذ بالشفعـة أو تسليمه لمشتريه ، وبيعـها جائز ، لأنها لا تنقـسم مع الحائط ، ولا تصيـر في أحد النصيبـين ، وإنما تترك بعد القسـمة يقتسمان ماءها بالأيام وبالأقلاد .

قال في موضع آخر : وأما إن باع أحدهما منها شرب يوم أو أقل ، فلصاحبه فيه الشفعة. وإن شاء أجاز بيعـه ، وإن شاء رده إذا كانت الأرض تحتاج إلى البئر ، لأنه ليس في يومين أو ثلاثة مما يقتسمون فيـه الأرض ، فيبقى في ذلك شرب من ماء هذا خاصة .

ومن « المدونة » : قال مـالك في دار بين رجلين ، حـبس أحدهمـا نصيبـه على رجل وولده وولد ولده ، فـباع شـريكه في الدار نصـيبـه ، فليس للذى حـبس ولا

للمحبس عليهم أخذه بالشفعة ، إلا أن يأخذ المحـبس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الأول .

فصل

ومن تزوج امرأة على امرأة له أخرى ، فحلف للأولى بطلاق الثانية إن آثر الثانية عليها ، ثم طلق الأولى ، قال : فإن الثانية تطلق عليه ، لأنه لما طلق الأولى فقد آثر الثانية عليها .

تم كتاب الشفعة الثاني بحمد الله وحسن عونه .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القسم

جامع القول في القسم بالسهم أو التراضي، ومن باع مورثه من دار، أو اشترى ممرًا في دار

قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ **مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا** ﴾ (١) ، وقال تعالى: ﴿**وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ ...** ﴾ الآية (٢) ، وقال تعالى : ﴿**فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ** ﴾ (٣) ، وقال : ﴿ **إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ**﴾(٤) وقسَّم النبي ﷺ بالسهم ، إذ أعتق ثلث الرقيق الستة الذين أعتقهم رجل عند موته ثم مات ولا مال له سواهم ، وقال - عليه السلام - : « **لا تعضية في القسم** » ، والتعضية : التفرقة .

وفي «غريب الحديث» (٥) لأبي عبيد أن النبي ﷺ قال : « لا تعضية في الميراث إلا فيما يحمل القسم » ، يعني أن المشترك إن كان شيئًا إن قسم كان فيه ضرر ، فلا يقسم وهو التعضية ، يعني التفريق ، كما قال تعالى : ﴿ **الَّذِينَ جَعَلُوا الْقُرْآنَ عِضِينَ**﴾ (٦) ، يعنى أنهم آمنوا ببعضه وكفروا ببعضه ففرقوه ، والذى يحمل القسم يدخل في الحديث الآخر : « **لا ضرر ولا ضرار** » (٧) .

قال القارعي : معناه لا يضر الإنسان بجاره ولا يضره ، والضرر هو أن يفعل الإنسان شيئًا يضر فيه به وبغيره ، فكل ما فعل ما يستضر به جاره منع من ذلك .

قال ابن القاسم : فإن ادعى أحد من الأشراك إلى قسم ما يقسم من ربع أو حيوان أو رقيق أو عروض أو غيرها ، وشركتهم بمورث أو شراء أو غيره ، جبر عليه من أَبَاهُ ، وإن لم يقسم فإن دعا إلى البيع جبر عليه من أَبَاهُ ، ثم للآبى أن يبيع مع شريكه ، فإن شاء أخذ الجميع بما يعطى فيه أو يدع .

قال : وإن ورث رجلان دارين، فباع كل واحد نصيبه في إحداهما بنصيب الآخر

---

(١) سورة النساء (٧) .
(٢) سورة النساء (٨) .
(٣) سورة الصافات (١٤١) .
(٤) سورة آل عمران (٤٤) .
(٥) (٢/٧) .
(٦) سورة الحجر (٩١) .
(٧) تقدم .

في الأخرى، فإن عرف كل واحد نصيبه ما هو ونصيب صاحبه، جاز وإن لم يسمياه.

وكذلك إن رضيا أن يأخذ أحدهما لمورثه نصف أحد الدارين وثلث الأخرى ويسلم بقية بقيتهما لصاحبه ، فإن جهل أحدهما مبلغ حقه منهما لم يجز ، كما لم يجز صلح الزوجة على مورث لها في دار لا تعلم مبلغه ، وقاله مالك .

قال مالك : ومن باع مورثه من هذه الدار ولم يسم عند عقد البيع ما هو من ثلث أو ربع ، فإن عرفا مبلغه ، جاز ذلك .

وإن جهله أحدهما أو كلاهما لم يجز .

وإن تصدق بذلك أو وهبه ، جاز وإن لم يسمه .

ولو أن دارًا بين ثلاثة رجال ، رضوا بأن يأخذ أحدهم بيتًا من الدار على أن يكون للآخرين بقية الدار ، جاز ذلك عند مالك .

قلت : أليس قد قال مالك : لا يجمع بين الرجلين في القسم ؟

قال : إنما قال ذلك مالك في القرعة بالسهم .

م : قيل : إنما لم يجمع بين سهم رجلين غرر ، وإنما جوز ضرورة ، إذ كل واحد يحتاج إلى تمييز حقه ، ولا ضرورة في جمع رجلين فأكثر نصيبيهم فمنع منه ، ولاتساع الغرر أيضًا ، وخروج الرخصة عن موضعها .

قال ابن بُكير في «كتابه» : قال : لا تجوز القرعة بين من له الحق وبين من لا حق له ، وإنما تكون بين المتساويين في السبب الذى يقرع من أجله ، كإقراع النبي ﷺ بين نسائه في الغزو ، لأنهن متساويات في أن ليس عليه أن يخرج بواحدة منهن .

وكذلك إقراع القاسم بين المقتسمين لتساويهما فيما يقسم .

وكذلك إقراع النبي ﷺ بين الأعبد ، لأنهم متساوون فيما عقده العتق ، والقرعة بين الأعبد أيضًا إنما هي بين الميت المُعتِق وبين الورثة كالشريكين .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا اقتسم رجلان دارًا بينهما على أن لأحدهما الغرف والآخر السفل ، جاز ذلك .

قال : ومن اشترى من رجل ممره من داره من غير أن يشترى من رقبة البنيان شيئًا ، جاز ذلك .

قال أشهب في «كتابه» : إن كان ذلك الممر يخرج به المشترى إلى انتفاع ينتفع به

جاز البيع ، وإلا لم يجز ، لأنه باعه ما لا ينتفع به ، وأخذ ماله بالباطل .

قال ابن القاسم : وإذا اقتسم رجلان دارًا بينهما ، فأخذ هذا طائفة وهذا طائفة على أن الطريق لأحدهما وللآخر الممر ، جاز ذلك .

قال سحنون في « المجموعة » : إنما هذا بالتراضي بغير سهم ، وإنما يضرب بالسهم بعد رفع الطريق ، ويبدأ القاسم برفع الطريق ومجراها من باب الدار إلى أقصى بيوت الدار ويطرح ذلك ، فلا يحسبه على أحد من الشركاء ، ثم تقسم الدار بالقيمة ، يقوم [ق/١٢٣ / ٩ب] البيت الجديد ببنيانه على قدر مساحته وسعته ، ويجعل عدله بيتين أو ثلاثة بالقيمة فإذا اعتدلا في القيمة استهما عليهما ، فيأخذ هذا من الدار قليلاً جيدًا قيمته مثل ما أخذ صاحبه من الكثير الرديء .

وكذلك تقسم الأشياء كلها إذا كانت سقفًا واحدًا ، مثل الغنم والرقيق وغير ذلك، فيصير لأحدهما خمس شياه قيمتها عشرة دراهم وللآخر شاة قيمتها عشرة دراهم ، فهكذا تكون القسمة ، وبهذا أمر سحنون قُسَّامه حين وليّ القضاء ، فكانوا يقسمون على ما وصفنا .

قال ابن عبدوس : فاعمل عليه فهو أصل المدنيين مالك وأصحابه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا قسم رجلان دارًا بينهما فرضيا بأن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها ، ثم رجع أحدهما قبل أن تنصب الحدود ، لزمهما ذلك، ولا رجوع لهما عند مالك فيه ، لأن هذا بيع من البيوع ، وكل ما قسم من ربع وغيره على قيمة عدل ثم يضرب بالسهم ، فمن خرج له سهمه لزمه ولا رجوع له عنده .

في قسمة الدور والأراضي والقرى والأجنة والعيون ومن ادعى دارًا بيد غائب

قال مالك : وإذا كانت دور بين قوم ، فطلب بعضهم - لما أرادوا قسمتها - أن يجعل نصيبه في دار واحدة ، وأراد الباقون قسمة كل دار على حدة ، إن كانت الدور في النفاق والرغبة في مواضعها وتشاح الناس فيها سواء ، وكان بعضها قريبًا من بعض ، رأيت أن يجمع نصيب كل واحد ، فيجعل في دار واحدة في موضع واحد، ولا تفرق أنصباؤهم في كل دار .

وإن كانت مواضعها مختلفة مما يتشاح الناس فيها لعمران أو لغيره قسمت كل دار

على حدتها ، إلا أن يتفق منها داراً أو ثلاثة في الصفة والنفاق في موضعها ، فتجمع المتفقة في القسم ويقسم باقيها كل دار على حدة .

قال ابن القاسم : وأخبرني بعض أهل العلم ، وأراه من قول مالك : إن الرجل إذا مات وترك دوراً ، وكان ورثته يسكنون في دار من دوره ، ودوره كلها سواء في مواضعها ، وتشاح الورثة في الدار التي يسكنونها : إن تلك الدار تقسم بينهم ، فيأخذ كل واحد نصيبه منها إذا كانت الدور التى ترك الميت في أى مواضع هذه الدار التي يسكنونها ، ثم تجمع في القسم بقية الدور ، فيجعل نصيب كل واحد في موضع واحد إذا كانت متفقة متقاربة وهو رأى .

وذكر ابن حبيب أن الرجل الشريف إذا مات وترك داراً كان يسكنها ، ولها حرمة لسكناه ، وترك دوراً غيرها ، فإن كانت بالقرب منهما فتشاح الورثة في تلك الدار ، فأراد كل واحد أخذ حظه منها ، إن تلك الدار تقسم بينهم وحدها إن حملت القسم، ويعمل في غيرها مما ينبغي في القسم .

وقال ابن أبي زمنين : ظاهر « المدونة » إن الدار التى كانوا يسكنونها ليس معها غيرها في شفع واحد ، ولو كان معها غيرها لجمعت في القسم ، ولا كلام للورثة ، بخلاف ما قال ابن حبيب .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا تباعز ما بين الدارين ، تكون دار في موضع من المدينة والأخرى في ناحية أخرى ، إلا أن موضعهما سواء في الرغبة والتشاح ، فإنه يجمع نصيب كل واحد منهم في موضع واحد من إحدى الدارين، ولا يلتفت إلى افتراقهما في المصر إذا كانت بحال ما وصفنا .

قال مالك : وإذا كان بين الدارين مسيرة اليوم واليومين ، لم تجمع في القسم .

وإن استوت مواضعها في النفاق والرغبة ، قال أشهب في « المجموعة » : إذا كانت داران في نمط واحد جمعا في القسم .

وإن كان بعضها أعمر من بعض كالأرضين في نمط واحد ، وبعضها أكرم ، فتجمع عند أشهب .

وقال سحنون : ليست الدور كالأرضين ، وقد تكون الدور في نمط واحد وتفاوتها مختلف ، ومن دارى إلى الجامع نمط واحد ، وهو تباين الاختلاف .

وأما الأرضون في نمط واحد فلتجمع وإن تباينت في الكرم ، كقول مالك في

قسم الحائط وفيه ألوان الثمر .

وابن القاسم لا يجمع الأرضين كالدور حتى تتفاوت في الأماكن والنفاق .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : والأقرحة - وهي الفدادين - إنما كانت بين قوم ، وطلب بعضهم أن يجمع له في القسم نصيبه منها في موضع واحد ، فإن كان بعضها قريب من بعض ، وكانت في الكرم سواء ، جمعت في القسم وجعل نصيب كل واحد في موضع واحد ، ولم يحد لها مالك في قرب الأرض بعضها من بعض حدًا ، وأرى الميل وشبهه قريبًا في الحوائط والأرضين .

وإن كانت الأقرحة مختلفة وهي متقاربة ، أو كانت في الكرم سواء ، وبينها متباعد كاليوم واليومين ، قُسِّم كل قريح على حدة .

قال ابن عبدوس : وذهب أشهب في هذا أن ينظر إلى الأرض ، فإن كانت متقاربة أو كان بعضها أكرم من بعض ، فإنها تجمع في القسم .

فإن طلب بعضهم جمع نصيبه في موضع واحد ، وطلب غيره أن تقسم له كل أرض ، فإنه يجعل نصيب الذين أرادوا التفرقة بينهم واحدًا ، ولكل من أراد الجمع بينهم في سهم ، ثم يضرب بينهم بالسهام على أن الأرض مجموعة .

فإن خرج سهم الذين أرادوا التفرقة جمع إليه حقوقهم ، فصار كأنه حق رجل ، ثم تقسم كل أرض مما صار لهم بينهم على حدتها ، وحيث ما خرج سهم الذين أرادوا الجمع جمع لكل واحد حقه حيث ما خرج .

وإن كانت الأرض متباعدة مما لا تجمع في القسم ، جعل نصيب الذين أرادوا الجمع نصيبًا واحدًا ، ولكل من أراد التفرقة بينهم سهم سهم ، ثم يضرب بالسهام بينهم في كل أرض على حدتها ، فإن خرج سهم الذين أرادوا الجمع جمع لهم حقوقهم كأنه حق رجل واحد في تلك الأرض على حدتها ، وأعطى الذين أرادوا التفرقة كل واحد نصيبه منها حيث [ق / ١٢٤ / ٩ب] طار له ، ثم يعمل في كل أرض كذلك ، ثم يرجع إلى الذين أرادوا الجمع ، فيجمع لكل واحد منهم مما صار له من أنصبائهم من تلك الأراضي المتفرقة ، ويعدل بينهم في القيمة ، فبهذا فسر قول أشهب ، وقد خالف في هذا أصحابه ، كما قال : إن الشركاء إذا تراضوا قسم الشيء المتخلف بالسهم ، مثل أن يجعلوا عبدا قيمته مائة وفرسًا بمائة ودارًا بمائة ، ثم يضربون بالسهم ، فأجازه وهذا غرر دخلوا فيه بالتراضي .

وأصل القسم بالسهم غرر، وإنما جوز للضرورة فى تمييز الحق، وقد أسهم رسول الله ﷺ في العتق ليقاسم الميت الورثة فيؤخذ له الثلث ، ويعطى الورثة الثلثان.

وكل ما كان صنفًا واحدًا جبر على القسم فيه بالسهم من أباه لمن أراده بالحكم وكل ما اختلف حتى يجبروا على قسمة بالسهم ، فإذا تراضوا صار بيعا وعاد ذلك إلى الغرر ، كما لو ابتاعا عبدًا وفرسًا قيمتهما سواء فاقتسماهما بالسهم ، فذلك غرر ولا يجيزه هو ولا غيره ، وهذا معنى كلام ابن عبدوس فيها .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا كان بين قوم قرى ورثوها أو اشتروها ، فإن كانت متقاربة وهي في الرغبة و النفاق سواء ، جمعت كلها في القسم وأعطى ، لكل واحد حظه في موضع واحد ، وإن كان بين القرى تباعد مسيرة اليوم واليومين ، قسمت كل قرية على حدة .

وإن كانت متساوية في الكرم والنفاق ، وإذا كانت بين قوم قرية ذات دور وأرض بيضاء وشجر ، فليقسموا دورها كما وصفنا في قسم الدور ، ويقسموا أرضها كما وصفنا في قسم الأرض .

وأما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وخوخ وغيره من أنواع الفاكهة، وكلها في جنان واحد مختلطة، فإنها تقسم كلها مجتمعا بالقيمة كقول مالك في النخل يكون في حائط ، فمنه البرنى والصيحاني والجعرور وأنواع الثمر ، أنه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد منهم حظه في موضع واحد من الحائط ، ولا يلتفت إلى ما يصير في حظ أحدهم من أنواع الثمر .

قال ابن عبدوس : والعمل في هذا أن يبدأ القاسم فيقوم النخل كله بقيمة عدل من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع ، ونسأل أهل المعرفة بذلك النخل عن ما عرف من حمل كل نخلة، ثم تجمع القيم ويقسمها على السهام ، ويعرف ما ينوب كل سهم ، ثم يضرب بالسهم على أي الطريقين يبدأ ، فإذا عرف ذلك كتب اسم كل واحد من الأشراك في رقعة وخلطها في داخل كمه ، ثم يخرج أول سهم ثم الثاني ثم الثالث حتى يفرغ منهم ، ثم يبدأ بالأول فيعطيه من تلك الناحية التى وقع عليها السهم ، فيعطيه شجرة شجرة حتى يكمل له قيمة ما صار له ، فإن وقع بقية حقه في شجرة كان فيها شريكًا بقدر ما بقي له مع الذى يليه ، ثم يصنع في الثاني والثالث كذلك .

وكذلك يصنع في الأرض ، إلا أن يكون بعض الأرض أو بعض الشجر أكرم

بالأمر البين جدًا ، فلا يجمع في القسم ، ويقسم كل صنف على حدة.

وقال سحنون : لا تقسم الجنان المختلف الثمار هكذا إلا على التراضي .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن كان التفاح جنان على حدة ، والرمان جنان على حدة ، وكل نوع جنان على حدة ، وكل واحد يحتمل القسم ، فليقسم بينهم كل جنان بالقيمة .

وإن ورث قوم أرضًا فيها شجر مفترقة هاهنا شجرة وها هنا شجرة ، وأرادوا قسمها فلتقسم الأرض والشجر ، إذ لو قسموا الأرض على حدة والشجر على حدة لصار لكل واحد شجرة في أرض صاحبه .

وإذا ورث قوم أراضي وعيونًا ، فأراد أحدهم قسم كل أرض وعين ، وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك ، فإذا استوت العيون في سقيها الأرض ، واستوت الأرض في الكرم ، وكانت الأرض قريبة لبعضها من بعض لا يكون فيها تباعد شديد ، قسمت الأرض لكل واحد حصته في موضع واحد .

وإن اختلفت العيون في سقيها الأرض وغورها ، واختلفت الأرض في كرمها ، قسمت كل أرض وعيونها على حدة .

قال مالك في « الموطأ » و « المجموعة » : لا يقسم ما يسقى بالنضح والسواقي مع ما يسقى بالعيون ، ولا يقسم البعل مع السقى وإن تقاربت الحوائط ، ويقسم كل واحد من هذا على حدة ، إلا أن يتراضوا أن يجمعوه في القسم ، فذلك لهم .

قال سحنون : وذلك بغير قرعة ، ولا يصلح بالقرعة ، لأن ذلك مختلف ، ويصير كمن جمع فرسًا وحمارًا في القسم بالسهم ، وقاله ابن الماجشون وأشهب ، يجرى هذا كله إذا تراضيا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإن ورثوا قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجرى ماء ، ورثوا ماءها وأرضها وشربها وشجرها ، قسمت الأرض بينهم عند مالك على قدر موارثهم منها ، ولا يقسم مجرى الماء ، ويكون لهم من الماء على قدر موارثهم منه .

وكل قوم كانوا شركاء في قلد منه ، فباع أحدهم نصيبه ، فشركاؤه دنية أحق بالشفعة من سائر شركائه في الماء .

قلت : والدنية أهل وراثة يتوارثون دون شركائهم؟ .

قال : نعم .

قال مالك : وإن قسمـوا الأرض دون الماء ، ثم باع أحدهم حظه من الماء ، فلا شفعة فيه ، وهذا في كتاب الشفعة مذكور .

فصل

قيل : فمن ادعى في دار بيـد غائب أنه وارثها مع الغائب ، أو أنهـا لأبيه ورثها عنه ولا حق للغائب فيها ، وأتى ببينة ؟

قال : لا يقضى له ، وقد سمعت من يذكر عن مالك أنه لا يقضى على الغائب في الرباع .

قال عبد الملك : إنما يقول : لا يحكم على غائب أهل العراق ، فأما علماء أهل المدينة فيرون القضاء على الغائب في الرباع وغيرها [ق / ١٢٥ / ٩ب] .

قال ابن القاسم : وهو رأيي إلا في البعيد الغيـبة ، مثل الأندلس وطنجة ، وما بَعُدْ فليقض عليه السلطان .

وإن كانت الغيبـة مثل ما يسافر إليه الناس ويقـدمون مما ليس بالمنقطع ، فليكتب إليه فيوكل أو يقدم ، ولا يقيم القاضي لغائب أو طفل وكـيلاً يقوم بحجتهما ، وفي باب القسم على الغائب شيء من هذا .

أصبغ : أرى للسطان أن يوكل للغائب من يقوم بحجته إن لم يكن له وكيل يدفع عنه ، ويقضى للطالب عليه .

في قسمة الثمار والبقل والزرع والبلح الكبير والصغير

قال مالك : وإذا ورث قوم شجـرًا أو نخلاً وفيها ثمـر ، فلا يقسمـوا الثمار مع الأصل .

قال ابن القاسم : وإذا كان الثـمر طلعًا أو بلحًا - إلا أن يجـدوه مكانه - أسقط سحنون الطلع ، وقـال : إذا كان فيـها طلع لم يجز قـسمتـها بحال لأنهـما وإن لم يستثنيا شيئًا فهو طعام بطعام مؤخر .

قال مالك : وكذلك الزرع لا يقسم مع الأرض ، ولكن تقسم الأرض مع الأصل

وتترك الثمرة والزرع حتى يبدو صلاحه ويحل بيعه ، فليقسموا ذلك حينئذ كيلاً ، أو يبيعوه ويقسموا ثمنه على فرائض الله تعالى ، ولا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعة ولا قتًا ولكن كيلاً .

قلت : ولم كره مالك أن يقتسما الأرض والزرع جميعًا وقد جوز بيع الزرع قبل طيبه مع الأرض ؟

قال : إنما أجاز مالك بيع الزرع والأرض جميعًا بالذهب والفضة ، كان الزرع أقل من ثلث قيمة الأرض أو أكثر ، ولم يجز بيع ذلك بطعام ، وهذان إذا اقتسما صار كل واحد منهما اشترى نصف ما في هذه من الزرع والأرض بنصف ما صار لصاحبه من الزرع والأرض ، فصار بيع زرع وأرض بزرع وأرض ، وهذا لا يجوز .

وكذلك البلح والنخل عند مالك .

قال مالك : وأما ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب وحل بيعه ، واحتاج أهله إلى قسمته ، فإن كانت حاجتهم إليه واحدة ، مثل أن يريدوا كلهم أكله أو بيعه رطبًا ، فلا يقسم بالخرص .

قال ابن القاسم : لأنه إذا كانت حاجتهم إليه واحدة كان بمنزلة الطعام الموضوع بينهم ، فلا يقتسموه إلا كيلاً .

وقال مالك : وإن اختلفت حاجتهم إليه ، فأراد بعضهم أن يبيع ، وآخر يريد أن يتمر ، وآخر يريد أن يأكله رطبًا ، فإنه يقسم بينهم بالخرص إذا وجدوا عالمًا بالخرص.

قال ابن القاسم : وجعل مالك الخرص في الثمرة النخل والعنب إذا طاب واختلفت حاجتهم إليه بمنزلة الكيل في غيرهما من الزرع في سائر الثمار .

وإذا اقتسما الثمرة كما وصفنا بعد قسمة الأصول ، كان على كل واحد منهم سقى نخله وإن كان ثمرة لغيره ، لأن على صاحب الأصل سقيه إذا باع ثمرته .

قال سحنون : السقى هاهنا على رب الثمرة ، لأن القسمة تمييز حق لا كالبيع ، وكأن ما كان له هو ميراثه .

م : وإنما كان السقى في بيع الثمرة على البائع لأنه باعها على حياتها من الماء ، ولأنه يسقى نخله فتشرب ثمرة هذا ، والقسم عنده كالبيع لأنه باع نصف ثمرته بنصف ثمرة صاحبه .

والصواب أنه تمييز حق كما قال سحنون .

وأما من باع أصل حائطه دون ثمرته ، فالسقى على البائع ، لأن المبتاع لا يسلم إليه الأصل حتى يجد البائع ثمرته ، وقاله مالك .

وقال المخزومي : السقى على مشترى الأصل ، لأنه يسقى نخله فتشرب ثمرة هذا .

قال ابن القاسم : وإذا لم تطب ثمرة النخل والعنب ، فلا يقسم بالخرص ، ولكن يجدونه إن أرادوا ، ثم يقسموه كيلاً .

قال مالك : وإذا ورث قوم شجر غير النخل ، فلا يقسموا ما في رؤوسها إذا طاب بالخرص .

قال : والفواكه من الرمان والخوخ والفرسك وما أشبهه ،فلا يقسم بالخرص وإن احتاج إليه أهله ، لأن هذا مما ليس فيه الخرص من عمل الناس ، وإنما الخرص في النخل والعنب ، فلا يقسم بالخرص غيرهما .

قال ابن القاسم : وقد ذكر بعض أصحابنا أن مالكًا أرخص في قسم الفواكه بالخرص ، فسألته عنه ، فقال : لا أرى ذلك ، ثم سألته عنه غير مرة فأبى أن يرخص فيه .

ومن « العتبية» و « المجموعة » : قال أشهب عن مالك : لا بأس بقسم جميع الثمار بالخرص من نخل وعنب وتين وغير ذلك ، إن وجدوا من يحسن ذلك وطاب وحل بيعه واختلفت حاجتهم إليه .

قال ابن حبيب : يقسم مدخر الثمار كلها بالخرص إذا بدا صلاحها ، مثل الثمر والعنب والتين والجوز واللوز والجلوز والفستق وشبهها إذا اختلفت الحاجة إليه .

وإن لم تختلف أو يبس في شجره لم تقسم إلا كيلاً بعد جمعه ، قاله مالك وأصحابه ، إلا ابن القاسم فإنه لم يجز الخرص إلا في العنب والنخل .

قال ابن عبدوس وابن حبيب : وربما كره مالك قسم ما لا يدخر من الفواكه بالخرص في شجره ، لأنهما لم يتقابضا ذلك في الوقت ، ويتأخر جمعه فيجمع هذا اليوم وهذا غداً ، فيصير بيع ثمرة بثمرة غير مناخزة ، فأما إن كانا يجدانه جميعًا قبل أن يبرحا ، فلا بأس أن يقتسماه في شجره بالتحرى في تعديله أو بالتفضيل ، لجواز التفاضل فيه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا ورث قوم بقلاً ، فإنما لم يعجبنى أن يقسموه بالخرص وليبيعوه ويقتسموا ثمنه ، لأن مالكًا كره قسم ما فيه التفاضل من الثمار بالخرص ، وكذلك البقل .

قال ابن عبدوس : إنما لم يجز قسم البقل قبل أن يجد بالخرص ، لأنه لا يقبض كل واحد منهما ما صار له ، فصار طعامًا بطعام من غير يد بيد .

وأما إن كانا جزاه قبل أن يفترقا ، فلا بأس أن يقتسماه بالتحرى أو بالتفاضل قبل جذاذه أو بعده ، وقاله سحنون كقوله في قسمة الزرع الأخضر على التحرى ، وفي بيع فدان بغداني كراث .

قال ابن حبيب : إلا البصل والثوم فإنه يدخر وييبس [ق/١٢٦ / ٩ب] فلا يجوز فيه التفاضل ، ولا يقسم تحريًا وهو أخضر أو يابس ، ويقسم يابسا عددًا أو كيلاً ، وقسمه عددًا يدخله التفاضل ، لأنه يختلف ولا يكاد يتساوى .

والصواب أن يقسم بالوزن .

قال ابن حبيب : وإن اختلفت حاجتهم إليه وهو أخضر قائم قد بلغ مبلغ الانتفاع به ، فإنه يجوز قسمه بالخرص وهو قائم كمدخر الثمار .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وبيع فداني كرات بفدان كرات أو سريس أو سلق ، لا خير فيه عند مالك ، إلا أن يجد الجميع قبل التفرق .

وقد قال مالك فيمن اشترى ثمرة قد طابت بثمرة مخالفة لها يابسة ،أو هي في شجرها مزهية : إن ذلك لا يحل إلا أن يجدا ما في الشجر من ذلك قبل أن يتفرقا .

قال ابن القاسم : وإن جد أحدهما وتفرقا قبل أن يجد الآخر ما في النخل ، لم يجز ذلك عند مالك .

وكذلك لو اشترى ما في رؤوس النخل بحنطة ، فدفعها وتفرقا قبل أن يجدا ما

في النخل ، لم يجز ذلك عند مالك .

قال : ولا بأس بقسمة الزرع قبل بدو صلاحه بالتحرى على أن يجذاه مكانهما إن كان يستطاع أن يعدل بينهما في قسمه تحريًا .

وقد قال مالك في القصب والتين : إذا قسم على التحرى أنه جائز ، فكذلك هذا .

قال ابن القاسم : وإن حصد أحدهما حصته وترك الآخر حتى يجب الزرع ، انتقض القسم ، لأنه بيع من البيوع ، كما لا يصلح لأحدهما بيع حصته من الزرع قبل يبسه على أن يتركه مشتريه حتى يصير حبًا ، وليرد الذى حصد قيمة ما حصد .

قال أشهب : يوم جده لا على الرجاء والخوف .

قال هو وابن القاسم : فتكون تلك القيمة مع الزرع القائم بينهما .

قال ابن القاسم : وكذلك إن تركاه جميعًا حتى صار حبًا ، فإن القسم ينتقض ، ويقسمان ذلك كيلاً .

قال : وإذا ورث قوم بلحًا كبيرًا ، أو اشتروه ، وأرادوا قسمته في رؤوس النخل، فإن اختلفت حاجتهم إليه ،أراد بعضهم أكله بلحا ، وأراد بعضهم بيعه بلحًا، فلا بأس أن يقتسموه بالخرص ، لأن مالكًا جعله كالبسر والرطب في تحريم التفاضل، فكذلك ينبغي أن يكون البلح مثلهما في القسمة .

قال ابن عبدوس : ولم ير سحنون هذا اختلاف حاجة إذا كان أمرهم يرجع إلى الجد ، لأن الذى يأكل يجد ، والذى يبيع إنما يبيع على الجد ولا يتركه ، لأن تركه يبطل القسمة .

قيل لابن القاسم : أما تخشى في هذا البلح حين اقتسامه بالخرص لاختلاف حاجتهم أن يكون ذلك بيع الطعام من غير يد بيد ؟

قال : إذا عرف كل واحد منهم ما صار له من البلح ، فهو قبض فيه وإن لم يجده ، والخرص فيه بمنزلة الكيل .

فإن جد الذى حاجته إلى الأكل أو إلى البيع بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر من ذلك ، جاز ذلك ما لم يتركه حتى يزهى ، لأن مالكًا قال : إذا قسموا الرطب

بالخرص لاختلاف حاجتهم كان لكل واحد منهم أن يجد كل يوم من الرطب بمقدار حاجته من ذلك ، وكذلك البلح الكبار في رأيي .

قال ابن القاسم : فإن ترك أحدهم حصته من البلح حتى أزهى ، أو تركوا ذلك جميعًا حتى أزهرت النخل ، انتقض القسم ، لأنه لا يصلح أن يباع البلح وإن كان كبيرًا على أن يترك حتى يزهى .

قال مالك : وإن قسموه بالخرص بعد زهوه ، وحاجتهم إليه مختلفة ، فتركوه حتى أثمر لم ينتقض القسم .

قال ابن القاسم : وكذلك من اشترى رطبًا في رؤوس النخل ، ثم تركه حتى أثمر لم ينتقض البيع عند مالك .

وما كان مثل ثمر إفريقية فإنهم يجدونه بسرًا قبل أن يرطب ، ثم يترك حتى يثمر على ظهور البيوت وفي الأنادر، فلا بأس أن يقتسماه بعد أن يجداه كيلاً ، وإن كان مختلف نقصانه إذا يبس ، فلا يضر ذلك ، لأن الرطوبة تجرى في جميعها ، ولا بأس بقسم البلح الصغير بالتحرى على أن يجداه مكانهما إذا اجتهدا حتى يخرجاه من وجه الخطر .

م : قال مالك : وإنما البلح الصغير علف .

قال ابن القاسم : وهو بقل من البقول ، ويجوز أن يقسماه وإن لم تختلف حاجتهم إليه ، بخلاف الرطب ، وإنما هو بمنزلة البقل والعلف .

قال مالك : وإن اقتسماه وفضل أحدهما صاحبه بأمر معروف فضله ، جاز ذلك.

قال ابن القاسم : ويجوز في البلح الصغير بلح نخلة ببلح نخلتين على أن يجداه مكانهما .

وإن اقتسما ذلك فلم يجد حتى صار بلحًا كبيرًا، فإن كان اقتسماه على تفاضل، انتقض القسم .

وإن اقتسماه على تساوٍ كان إذا كبر بتفاضل في الكيل ، انتقض القسم أيضًا ، وإلا لم ينتقض .

وقال أشهب : ينتقض القسم على كل حال .

قال بعض فقهاء القرويين : ولو اقتسما هذا البلح الصغير ، ثم أكل أحدهما جميع حظه وبقى نصيب الآخر حتى صار بلحًا كبيرًا ، فلا ينتقض القسم ، لأن البلح الصغير بالبلح الكبير متفاضلاً جائز ولا تفسد القسمة ، اقتسموا أولاً على تفاضل أو على غير تفاضل ، بخلاف إذا تركا ذلك جميعًا حتى صار بلحًا كبيرًا ، إذ قد آل أمرهما إلى اقتسام بلح كبير متفاضلاً ، وذلك لا يجوز .

م : وقد نقل أبو محمد مسألة إذا أكل أحدهما جميع حظه وبقى الآخر حتى صار بلحًا كبيرًا من « المجموعة » : عن ابن القاسم : وقال فيها : إن كان اقتسماه على غير تفاضل ، وكان إذا كبر لا يتفاضل ، فذلك جائز ، وهذا نقل فيه نظر ، فانظر الأصل .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : لو تركا ذلك حتى أزهى انتقض القسم .

ولو جد أحدهما وترك الآخر نصيبه حتى أزهى ، انتقض القسم ، إذ لا يجوز بيع ذلك على [ق/١٢٧ / ٩ب] أن يترك إلى طيبه ، وليرد الذى أكل وجد قيمة ما جد ، فيقسما ذلك مع ما أزهى .

ولو أكل أحدهما جميع ما صار له في القسم ، وأكل الآخر نصف حظه وبقى نصفه حتى أزهى ، بطل القسم فيما أزهى ، ورد الذى أكل جميع حظه نصف قيمة ما صار له .

قال أشهب : يوم جده لا على الرجاء والخوف .

قال : فيقتسمان ذلك مع ما أزهى ، يريد : بخلاف من اشترى بلحًا على أن يتركه حتى يطيب ، فيجده بعد أن أزهى ، فهذا بيع فاسد ، وعليه قيمة ذلك على الرجاء والخوف ، لأنه على الترك اشترى ، واللذان اقتسما إنما اقتسما على الجد .

ما جاء في بيع حائط بمثله

قال مالك : ومن باع حائط نخل بمثله - وإن لم يكن فيها ثمر - فلا بأس به.

وإن كان فيهما طلع قد أبر أو بلح أو بسر أو رطب أو ثمرة ، فلا خير في أن شرط كل واحد ثمر صاحبه مع أصله .

قال ابن القاسم : وإن تبايعا الأصلين دون ثمرتهما ، يريد أو سكتا في العقد عن

اشتراط الثمرة ، جاز ذلك فيهما .

وإن كانت ثمرتهما لم تؤبر ، لم تجز التبادل ذلك فيهما بحال ، لأن الثمرة إن استثناها بائعها لم يجز ، لأنها للمبتاع بالسنة ، فاستثناء البائع لها كشرائها قبل بدو صلاحها .

وإن لم تستثن وبقيت تبعًا دخله التفاضل في بيع الطعامين ، وإن كان في أحدهما ثمرة ، ولا ثمرة في الآخر ، فلا بأس به .

وإن كانت ثمرة أحدهما قد أبرت ، وثمرة الآخر لم تؤبر ، جاز أن يبيع أحدهما لصاحبه إن بقيت المأبورة خاصة لربها .

فإن اشترطها الذى لم تؤبر ثمرته ، لم يجز ، وأصل ما كره مالك من هذا أن النخل إذا كان فيها طلع أو بلح أو رطب أو تمر ، لم يصلح أن تباع تلك النخل بما في رؤوسها بشيء من الطعام ، إلا أن يجد ما في رؤوس النخل ،يتقابضا ذلك قبل أن يفترقا ، فيجوز إذا كان الطعام مخالفًا لثمرة النخل ، ويجوز بيعها مع ثمرتها بعين أو عرض .

ما جاء في قسمة اللبن في الضروع والصوف على ظهور الغنم

قال ابن القاسم : ولا يجوز قسمة اللبن في الضروع ، لأن هذا مخاطرة .

وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بيِّن على المعروف وكانا أنهلك ما بيد هذا من الغنم ، رجع فيما بيد صاحبه ، فذلك جائز ، لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم .

قال أشهب في كتبه : لا يجوز ذلك ، وإن فضل أحدهما صاحبه فهو أحرى له، لأنه لبن بلبن متفاضلاً ، هو لو كان محلوبًا ما جاز ذلك فيه ، فكيف يجوز ذلك في الضروع ، اجتمعت فيه كراهيتان .

قال ابن عبدوس : وأخذ سحنون بقول أشهب : إن ذلك لا يجوز ، إلا أنه أنكر حجته فيها .

قال سحنون : إنما لم يجز لأنه طعام بطعام غير يد بيد .

ولو حلباه قبل التفرق لجاز إذا فضل أحدهما الآخر بأمر بين وكان اللبن صنفًا

واحدًا ، لا أن يكون لبن ضأن ولبن معز .

قال سحنون : وقد قال أشهب في كتبه في صبرة بين رجلين : إنه لا بأس أن يأخذ أحدهما منها - شك أنه أكثر من حقه أو أقل - ويسلم لصاحبه باقيها ، لأنه من المعروف .

قال ابن عبدوس : فهذا من قول أشهب يرد احتجاجه في منع التفاضل في اللبن.

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : ولا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم إن جزاه الآن أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها ، ولا يجوز فيما بعد .

ما يجمع في القسم وما لا يجمع

ولما أرخص في تمييز الحقوق بالسهم على غرره ، لم يجز خروج الرخصة عن موضعها ، فيصير إلى الغرر المنهى عنه ، وكالبيع بالقرعة ، فما كان من الأشياء المتقاربة المشبهة وهى تجمع في القسم ، وإن تباعدت الأصناف لم تجمع في القسم لما ذكرنا .

قال ابن القاسم : فإذا كان المتاع خزًا وحريرًا وقطنًا وكتانًا وصوفًا ، فإن ذلك كله يجمع في القسم ، لأن هذه ثياب كلها ، ويجمع ذلك مع الفراء .

وهذا إذا لم يكن في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده.

وأما إن كان في كل صنف من ذلك ما لا يحمل القسم في انفراده ، قسم كل صنف على حدة.

وقيل لابن القاسم في موضع آخر : أرأيت من ترك ثياب خز وحرير وقطن وكتان وجباب وأكسية ، أيقسم كل نوع على حدة ، أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد ؟

قال : أرى أن يجمع البز كله في القسم فيجعل نوعًا واحدًا فيقسم على القيمة ، مثل الرقيق ، لأن الرقيق عند مالك نوع واحد وفيهم الصغير والكبير والهرمة والجارية الفارهة ، وثمنهم متفاوت بمنزلة البز أو أشد، فالبز عندى بهذه المنزلة .

وكذلك تقسم الإبل وفيها أنواع مختلفة ، والبقر وفيها أصناف مختلفة في الصغر

والكبر والجودة والرداءة ، ويختلف أثمانها لذلك ، فتجمع كلها في القسمة على القيمة .

ولو ترك قميصًا وجبابًا وأردية وسراويلات ، جمع ذلك كله في القسم على القيمة ، ولا تجمع مع الأمتعة والثياب بسطًا أو وسائد .

وقال أشهب في كتبه : ما كان من هذه الأصناف يجوز بيعه اثنان بواحد إلى أجل ، فإنه يجمع في القسمة .

وكل ما لا يجوز أن يباع منه اثنان بواحد إلى أجل ، فلا يجمع في القسم .

قال ابن عبدوس : وبه أخذ سحنون وأنكر مع الخز والحرير والديباج .

قال أشهب : وليس الخز كالحرير ، ويقسم كل واحد على حدة .

وكذلك [ق / ١٢٨/ ٩ب] ما بان اختلاف من ثياب الكتان يجوز بيعه متفاضلاً إلى أجل ، فليقسم كل واحد على حدته ، ولا يجمع اللؤلؤ مع الياقوت والزبرجد ، ولا الزبرجد مع الياقوت ، إلا أن يتراضوا .

قال أشهب : ولو لزم جمع ما يقع عليه اسم بز في القسم مع اختلافه لزم مثله فيما يقع عليه اسم دابة ، فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الإبل والحمير .

قال ابن حبيب : ثياب القطن والكتان صنف ، وإن كان فيها قمص وأردية وعمائم وثياب الخز والحرير من الوشي وغيره صنف ، وثياب الديباج صنف لا يقسم مع ثياب الخز والحرير ، وثياب الصوف والمرعز صنف ، وفراء الخراف صنف لا يضم إلى فراء القلنسيات لبعد اختلافهما ، ولا تضم فراء معمولة إلى ما ليس معمولة.

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولا يجمع في القسم بالسهم الخيل والبغال والحمير والبراذين ، ولكن يقسم كل صنف على حدة .

قال : والخيل والبراذين صنف ، والبغال صنف ، والحمير صنف ، وبعد هذا باب فيه معاني هذا الباب .

ما ينقسم وما لا ينقسم ، أو ما في قسمه ضرر، وقسمة الدين وحده أو مع عرض

وتقسم العبيد إذا انقسموا ، وإن أبى ذلك بعضهم .

قال مالك في الجذع بين الرجلين : فإن أراد أحدهما قسمته وأبى الآخر ذلك ، فلا يقسم .

قال أشهب : فإن قيل من الخشب ما يصلحه القطع .

قيل : فإن من الثياب ما يكون قطعه صلاحًا ولا يكلف ذلك من أباه ، وإنما القسم في غير الرباع والأرضين فيما لا يحال عن حاله ، ولا يحدث بالقسم فيه قطع ولا زيادة دراهم .

قال مالك في الثوب : لا يقسم بينهما إلا أن يجتمعا على ذلك .

قال ابن القاسم : وكذلك الباب والمصراعان والخفان والنعلان والثوب الملفق قطعتين من العدني وغيره ، والرحى إذا أراد هذا أن يأخذ حجرًا وهذا حجرًا ، لا يقسم شيء من ذلك إلا بالتراضى ، والساعدان والساقان والرأسان لا يقسم ، والحمل والخرج لا يقسم إذا أبى ذلك أحدهم .

وذكر أشهب في كتبه أن هذا الذى ذكرنا كله يجوز قسمه على التراضى .

قال ابن القاسم : والفص والياقوتة واللؤلؤة والخاتم . هذا كله لا يقسم عند مالك .

وذكر أشهب في كتبه : إذا كان الفص كبيرًا لم يقسم إلا بالتراضى .

قال ابن القاسم : وإن اجتمع من كل صنف من ذلك عدد يحمل القسم ، قسم كل صنف من ذلك على حدة ، ولا يجمع من ذلك صنفان في القسم والغرارتان إن كان في قسمهما فساد لم يقسما ، وإلا قسما مثل النعلين في الخفين ، والحمل إذا كان في قسمه ضرر على أحدهما ونقص ثمن لم يقسم ، إلا أن يجتمعا ، انظر إنما يراعى نقصان الثمن في قسمة العروض خاصة .

وأما الربع فلا ينظر إلى الثمن إذا صار في نصيب كل واحد من الربع ما ينتفع به وإن نقص ثمنه ، ونحوه لأبى محمد في الربع .

وتقسم الجبنة وإن أبى ذلك أحدهم ، كالطعام .

وقد قال مالك في الطعام : إنه يقسم ، وبعد هذا باب فيه من هذا المعنى .

قال ابن القاسم : ومن هلك وترك عروضًا حاضرة وديونًا على رجال شتى ،

فاقتسم الورثة ، فأخذ أحدهم العروض والآخر الديون على أن يتبع الغرماء ، فإن كان الغرماء حضوراً مقرين وجمع بينه وبينهم ، جاز .

وإن كانوا غيبًا ، لم يجز ، لأن مالكًا قال : لا يشترى دين على غريم غائب .

قال مالك : وإن ترك ديونًا على رجال لم يجز للورثة أن يقتسموا الرجال ، فيصير ذمة بذمة ، وليقسموا ما على كل واحد .

قال مالك : وسمعت بعض أهل العلم يقول : الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين .

في التداعى في القسم والغلط فيه

قال ابن القاسم : وإذا ادعى أحد الشركاء بعد القسم غلطًا مضى القسم ، ويحلف المنكر ، إلا أن تقوم للمدعى بينة أو يتفاحش الغلط فينتقض ، كقول مالك فيمن باع ثوبًا مرابحة ثم ادعى وهمًا أنه لا يقبل قوله إلا ببينة أو يأتى من رقم الثوب ما يدل على الغلط ، فيصدق مع يمينه ، وكذلك في القسم .

قال أشهب : لا يمين على منكر الغلط في القسم ، وهو بمنزلة الرجل يكتب على نفسه ذكر حق ، ثم يأتى فيدعى الغلط في المحاسبة .

قال ابن حبيب : إذا ادعى أحدهم الغلط بعد القسم ، فإن قسموا بالتراضى بلا سهم وهم جازوا الأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك وإن بان الغلط ببينة أو بغير بينة من أمر ظاهر ، لأنه كبيع التساوم يلزمه فيه التغابن .

وإن قسموا بالسهم على تعديل القيمة ، فلا يقبل قوله إلا ببينة أو يتفاحش فيه الغلط ، فترد القسمة كبيع المرابحة ، ولا تعدل الأنصباء على أن يبقوا على سهامهم، ولكن يقسم ثانية ، ولو لم يكن الغلط إلا في نصيب واحد وقع عنده زيادة لنقض القسم.

فإن فات نصيبه بالبناء ، رجع عليه من نقص سهمه بقيمة ذلك مالاً ولو فات ببيع ، فإن لم يكن المبتاع بنى أرضًا نقض بيعه وردت القسمة ، فإن بنى المبتاع رجع الناقض سهمه على البائع بقيمة ذلك مالاً .

فإن لم يجد عنده شيئًا رجع به على المشترى مالاً ، ورجع المشترى على البائع في ذمته .

قال أبو محمد : كيف يرجع على المشترى ، وبماذا يرجع بحصته من الثمن أو القيمة؟

م : والذى أراد ابن حبيب أن يرجع عليه بقيمة ما نقص من سهمه كما كان يرجع على البائع منه .

قال ابن حبيب : وإن بنى الذى لم تقع الزيادة في سهمه ، ولم يبن الذى عنده الزيادة انتقض القسم فيما لم يبن من السهام وفي سهم الذى فيه زيادة ، وما فات بالبناء مما لم يقع فيه الغلط ماضٍ لصاحبه ، هكذا فسر لى مطرف [ق/ ١٢٩/ ٩ب] وابن الماجشون وأصبغ .

ومن « **المدونة** » : قال ابن القاسم : ولو اقتسما عشرة أثواب ، فأخذ هذا ستة وهذا أربعة ، ثم ادعى صاحب الأربعة ثوبًا من الستة في قسمه لم يصدق المدعى ، لأنه قد أقر بالقسمة وادعى ثوبًا مما في يد صاحبه ، فلا تنقض القسمة بينهما إذا أشبه قسم الناس ويحلف حائز الستة .

وكذلك إن أقاما بينة فتكافأت في العدالة .

وكذلك الغنم إذا اقتسماها ثم ادعى أحدهما الغلط ، فهم في ذلك بمنزلة الثياب، وليس هذا كمن باع عشرة أثواب من رجل ، فقبضها المبتاع ، ثم قال البائع: لم أبع إلا تسعة وغلطت بالعاشر .

وقال المبتاع : بل ابتعت العشرة ، هذا إذا كانت الثياب قائمة انتقض البيع فيها بعد أيمانهما ، بخلاف القسم .

قال أبو محمد : إذ يحتمل في البيع بيع نصف ثوب أو ثلث أو ما شاء ، ولا يقسم هذان إلا على جزء الشركة ، فالحائز لما نابه مدعى عليه .

وقد اجتمعا أن الثوب السادس داخل في القسم ، وما اختلفا فيه في البيع لم يجتمعا أنه داخل في البيع ، وإنما قال في مسألة البيع : إذا كانت الثياب قائمة تحالفا وتفاسخا، لأن التسعة الأثواب التى اتفقا أنها داخلة في البيع اختلفا في ثمنها ، لأن المبتاع يقول : ثمنها تسعة أعشار الثمن ، والبائع يقول : بل جميع الثمن .

م : فإن فاتت الثياب بحوالة سوق ،وحلف المبتاع أنه ما ابتاع إلا عشرة أثواب ، وحلف البائع أنه لم يبع إلا تسعة ويكون له أخذ ثوب منها ، ويلزم المبتاع التسعة بما

يخصها من الثمن الذى تصادقا عليه ، فإن فاتت بذهاب أعيانها نظرت ، فإن كانت قيمة الثوب منها أكثر مما يخصه من الثمن ، حلف المبتاع ولزمه ما يخص التسعة الأثواب، وحلف البائع وأخذ منه قيمة الثوب العاشر .

وإن كان قيمة الثوب مثل ما يخصه من الثمن فأقل ، حلف المبتاع وبرئ .

قال ابن عبدوس : وقال أشهب في القسم : يتحالفان ويتفاسخان ، وأنا أقول : يقتسمان هذا الثوب المختلف فيه بينهما نصفين بعد أيمانهما .

واختار سحنون قول ابن القاسم .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : ولو اقتسما داراً فتداعيا بيتًا منها ، وليس ذلك البيت بيد أحدهما ، تحالفا وفسخت القسمة كلها بينهما .

ومن حاز البيت أو أقام بينة صدق .

ومن لزمته منهما لصاحبه يمين ، فنكل عنها ، لم يقض لصاحبه حتى يرد اليمين عليه .

ولو قال كل واحد : حدُّ الساحة من هاهنا ، ودفع إلى جانب صاحبه ، فإن كان اقتسما البيوت على حدة والساحة على حدة ، تحالفا إن لم تكن بينهما بينة ، وفسخ قسم الساحة وحدها .

ولو جمعاها في القسم وتراضيا بذلك ، فسخ الجميع إذا حلفا .

جامع مسائل مختلفة من نفي الضرر

قال النبي – عليه السلام – : « **لا ضرر ولا ضرار** » .

قال مالك : وإذا انقلعت لك نخلة في أرض رجل من الريح ، أو قلعتها أنت، فلك أن تغرس مكانها أخرى .

قال ابن القاسم : ولك أن تغرس مكانها شجرة من سائر الشجر يعلم أنها لا تكون أكثر انتشاراً منها ولا أكثر ضرراً بالأرض من النخلة ، ولا تغرس مكانها نخلتين .

وإن كانت لك نخلة في أرض رجل فليس له منعك من الدخول إليها لإصلاحها ولجدادها أنت ومن يلي ذلك لك .

وإن كانت أرضه مزروعة فلك السلوك فيها من غير ضرر به مع من يجدها لك، وليس لك أن تجمع لذلك نفراً يطأون زرعه .

ولو كان لك في وسط أرضه المزروعة أرض فيها رعى ، لم يكن لك السلوك بماشيتك فيها إليها ترعاه ، ولك الدخول لاحتشاشه .

وإذا كان لك نهر ممره في أرض قوم ، فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافتيه شجراً ، فإذا كنست نهرك حملت على سنة البلد في طرح الكناسة ، فإن كان الطرح بضفته ، لم تطرح ذلك على شجرهم إن أصبت دونها من ضفته متسعًا ، وإن لم يكن فبين الشجر .

فإن ضاق عن ذلك طرحت فوق شجرهم إذا كان ذلك سنة بلدهم طرح طين النهر على حافتيه .

ونقلت إلى آخر الكتاب مسألة من اقتسما أرضًا على أن لا طريق لأحدهما على الآخر ، وهو لا يجد طريقًا إلا عليه ، إن ذلك لا يجوز ، وليس ذلك من قسم المسلمين .

في الدين أو الوارث أو الموصى له يطرأ بعد القسمة أو قبلها

ومن غير « المدونة » : ولا يقسم القاضي ميراثًا بين ورثة حتى يثبتوا عنده موت الميت ، وعدد ورثته ، وأنه يملك هذه الرباع ، كانوا بالغين أو فيهم صغير ، ولا

يقضى بالقسم بتقاررهم وإن كانوا بلغاء كلهم ولا دين على الميت .

وكذلك لا يقضى بين الشريكين بقسمها بتقاررهما حتى يقيما البينة أنها لهما.

ومن كتاب القسم : وإذا قسم القاضي بين الورثة لم يأخذ منهم كفيلاً مما لحق الميت من دين .

فإن قسم القاضي بينهم ، ثم طرأ دين ، انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاضٍ وهم رجال .

قال مالك : ومن هلك وعليه دين وترك دارًا ، بيع منها بقدر الدين ، ثم قسم الورثة باقيها ، إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم فتبقى لهم الدار ، فيقتسمونها.

وإن هلك وعليه دين وترك دورًا ورقيقًا ، وصاحب الدين غائب ، فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة ، أو لم يعلموا [ق / ١٣٠ / ٩ب] بالدين ، واقتسموا ميراثه، ثم علموا بالدين ، فالقسمة ترد حتى يؤدى الدين إن كان ما اقتسموه قائمًا .

وإن أتلف بعضهم حظه ، يريد : فأعدم وأبقى أحدهم حظه بيده ، فلرب الدين أخذ دينه مما بيده .

فإن كان دينه أقل مما بيده أخذ قدر دينه ، وضم ما بقي بيد هذا الوارث بعد الدين لما أتلف بقية الورثة ، فحاز التركة ، فما بقى بيد الغارم كان له ، ويتبع جميع الورثة بتمام مورثه من مال الميت بعد الدين ، ويضمن كل وارث ما أكل أو استهلك مما أخذ ، وما باع فعليه ثمنه لا قيمته إن لم يحاب .

قال مالك : وما مات بأيديهم من حيوان ، أو هلك بأمر من الله تعالى من عرض أو غيره ، فلا ضمان على من هلك ذلك بيده ، وضمانه من جميعهم .

قال ابن القاسم : لأن القسمة كانت بينهم باطلة للدين الذى على الميت .

قال في رواية غير يحيى : ولا ترجع في بقية مال الميت بإرث ، ولا يرجع عليهم بشيء من قبل الدين .

قال أشهب : أما ما يغاب عليه فهو مضمون عليهم .

قال ابن عبدوس : قال سحنون : إن الدين إذا لحق الميت لم ينتقض القسم ، وهو تمييز حق ليس ببيع ، والدين شائع في جميع ما بأيديهم ، ويكون على جميع

الورثة لا على قدر موارثهم فيضر بهم ، إذ قد يكون أحدهم غبن في القسم أو لغير سوق ما بيده ، فيؤدى أكثر مما في يده ، ولكن يقوّم ما بيد كل واحد منهم يوم البيع للدين ويقسم عليه الدين ، فما وقع على كل واحد بيع مما بيده بقدره ، ولكل واحد أن يفتك ما يباع عليه بأداء ما ينوبه .

وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر على طالب الدين لطوله ، وكان بعض ما بيد أحدهم أحضر ثمنًا ، فليبع ما هو أنجز له مما هو بيد أحدهم ، ثم يرجع على إخوته بمقدار ما كان ينوبهم من الدين يوم قضاه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا جنى على الرقيق بعد القسم قبل لحوق الدين ثم لحق الدين ، فإن جميعهم يتبع الجاني لانتقاض القسم بلحوق الدين .

قال أشهب في « المجموعة » : هذا إن أخذ الدين من جميع الورثة .

وأما إن أخذه من أحدهم فإنما يرجع هو وحده على الذى صار له ذلك العبد بما يصيبه من العبد ، وله من الجناية بقدر مصابته من العبد .

م : وبيانه مثل أن يترك الميت ثلاث بنين وثلاثة أعبد قيمة كل واحد مائة ، فأخذ كل ابن عبدًا ، فقتل عبد أحدهم ثم طرأ دين مائة ، فإن باع الغريم أحد العبدين الباقيين في الدين ، رجع من بيع عبده على أخيه القائم عبده بثلث قيمة العبد المجنى عليه ، ورجع عليه صاحب العبد المجنى عليه بثلث قيمته ، ولو أخذ رب الدين من كل واحد من الأخوين نصف الدين ، لرجعوا كلهم على الجاني أثلاثًا .

قال ابن عبدوس : هذا القول كأنه جعل الدين عليه كالاستحقاق ، ومذهب سحنون أن رب الدين يأخذ مما بيد الورثة ، فإذا أخذه منهم لم يرجعوا على المجنى على عبده بشيء ، ولكن على الجاني بحصة ما يلحق قيمة العبد المجنى عليه إذا فض على جميع ما بأيديهم ، ويرجع المجنى على عبده على الجاني بما بقى ، مثل أن تكون قيمة المقتول يوم القتل خمسين ، وقيمة كل عبد بيد أخويه مائة والدين مائتان ، فبيع العبدان اللذان بيد الأخوين ، فإن الأخوين يأخذان من مال الجانى أربعين وأخوهما عشرة ، ولو كان كالاستحقاق لرجعوا فيه أثلاثًا .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا أقر أحد الورثة بعد القسمة بدين على الميت ، فإن كان عدلاً حلف الطالب معه واستحق .

فإن قال الورثة : إنما أقر لينقض القسم .

قيل لهم : فادفعوا أنتم وهو الدين وتتم القسمة ، وإلا أبطلنا القسم ، فيأخذ هذا دينه وقسم بينكم ما بقى .

فإن أخرجوا منابهم من الدين وأبى المقر إلا نقض القسم ،قيل له : إما أخرجت منابك من الدين ، وإلا بعنا عليك ما طرأ لك بالقسم .

ولو أقر قبل القسم وحلف الطالب لم يجز لهم أن يقتسموا حتى يأخذ رب الدين دينه .

قال سحنون : إلا أن يكون المال واسعًا ، يريد : مما أبقوا .

وروى عن مالك أنه قال: وإن كان المال واسعًا فلا يقتسموا إلا بعد قضاء الدين.

وذكر الشيخ أبو عمران عن الشيخ أبى الحسن : إذا ترك الميت ثلاثمائة دينار عينًا، وترك ثلاث بنين ، وأخذ كل واحد منهم مائة ، ثم طرأ موصى له بالثلث ، فوجد الاثنين قد أنفقوا المائتين ، ووجد في يد الثالث مائة ، فقال الشيخ : صاحب الوصية أولى بهذه المائة ، لأنها عين شيء الميت .

قال ـ وقاله ابن المواز وغيره ـ انظر ، كأنه رأى أن التركة إذا كانت كلها عينًا صار كالموصى بتسمية ، بخلاف العرض .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا طرأ وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم ، والتركة عين أو عرض ، فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك ، ولا يتبع الملى بما على المعدم ، وليس كغريم طرأ على ورثة ، ولكن كغريم طرأ على غرماء وقد قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم، فلا يتبع الملى إلا بما عنده من حصته في الحصاص ، وهذا مذكور في كتاب المديان .

ابن حبيب : قال أشهب : إن كان عينًا أو طعامًا أو ما لا يعرف بعينه ، ولو اقتسموا عروضًا أو رقيقًا ، لشرك كل واحد فيما بيده ، إلا أن يكون لو قاسمهم إياها على اجتماعهم اجتمع له حقه في شيء واحد أو في شيئين .

ومن «كتاب القسم» : وإن كانت التركة دورًا ، وليس فيها عين ، فقسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث ، نقض القسم ، كأن قد جمعوا الدور في القسم أو

قسموا [ق / ١٣١ / ٩ب] كل دار على حدة .

ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم يحملها الثلث كان كلحوق الدين ، إما أدوه أو نقض القسم ، ولا يجرؤ على أدائه من أموالهم ومال الميت قائم ، إلا أن يستهلكوه .

وأما ما هلك بأيديهم مما أخذوه من مال الميت بغير سببهم ، فلا يضمنوه .

ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية أو الدين ، وأبى أحدهم وقال : انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقتسموا ما بقى ، فذلك له ، ولا يجبر على الشراء ، ولو قبلها قول من أبى نقض القسم وأدى ، وقلنا لمن أبى الأداء : بع حظك للدين أو للوصية ، لم يستقم ذلك ، ولعل ذلك يستغرق حظه إما بحوالة سوق ما بيديه أو لتغابن كان في القسم فرضوا به .

وإذا أبى أحدهم ، فلابد من نقض القسم ، وهذا إذا كان ما في يد الذى أبى القسم قد تغير بانهدام مساكن أو بحوالة سوق الحيوان أو بنقض دخلها في أبدانها، فأما إذا مات ما قد أخذ من الرقيق ، أو صارت المساكن عراء أو نحو هذا من التلف، فلا يرجع عليه بشيء من قبل الدين ، ولا يرجع هو على من قاسمه بشيء ، ويقال للذين بقوا : إما أديتم جميع الدين وتبقى قسمتكم بحالها ، وإلا نقض القسم بينكم وأديتم الدين مما في أيديكم خاصة .

ولو دعوا إلى نقض القسم إلا واحدًا قال : أنا أؤدى جميع الدين أو الوصية ، عينًا كانت أو طعامًا ولا تنقضوا القسم ، ولا أتبعكم بشيء ، لرغبته في حظه ، وقد قسموا ربعًا أو حيوانًا ، فذلك له .

قال ابن عبدوس : قال ابن القاسم وأشهب : وإذا طرأ الدين وقد تلف ما بيد أحدهم ، كانت حيوانًا فماتت أو دورًا فانهدمت أو غصبها ، فلا شيء له ولا عليه .

وإن باعه أو أتلفه بهبة أو غيرها ، رجع عليه صاحب الدين بدينه فيما يخصه ما بينه وبين ما كان صار له من التركة ، وأنكره سحنون .

وقال أشهب في مسألة أخرى : لا يضمن الوارث إلا ما أتلف ، كمن اشترى عبدًا ، ثم استحق من يده وقد باعه ، إنه إنما عليه ثمنه ، وإن أعتقه رد عتقه ، وإن وهبه لم يتبع بشيء منه .

قال أشهب : فالقسم مثل هذا ، اقتسموا بسلطان أو بغير سلطان ، وقاله سحنون، وتفسير قوله : إن كان الدين يغترق التركة ، فإن رب الدين يأخذ ما وجد قائمًا ، ويأخذ ممن باع الثمن إن لم يحاب في البيع ، وليس له أن ينقضه .

وقال مالك : وإن لم يغترق الدين التركة ، ولم يحاب ، وليس مغروقًا بالدين، قسم الدين على قيمة مبلغه من بقية سلعته قائمة ، أو على القدر الذى باع به من باع.

ومن أدركه مليًا أخذ منه ، ومن كان عديمًا فليأخذ من الملى عنه ، ثم يرجع الملى على المعدمين بما كان يرجع به عليهم صاحب الدين .

ولو وهب أحدهم أو أعتق ثم طرأ دين يغترق التركة ، فلترد الهبة أو العتق ويباعوا في الدين ، فإن لم يحط الدين بالتركة فض على جميع ما طار للإخوة ، ثم يباع مما وهب بقدر منابته من الدين ، وتجوز الهبة فيما بقى .

وأما العتق ، فيلزمه إن كان مليًا ، وتقوَّم عليه حصة الدين ، فيعتق كله .

وإن كان معدمًا بيع من العبد بقدر حصة الدين وعتق ما بقى .

قال ابن المواز : قال ابن عبد الحكم : اختلف في الوارث يطرأ على الورثة ، فقيل : هو كغريم طرأ على غرماء ، لا يتبع الملى بما صار إلى المعدم ، وكالموصى له يطرأ على موصى لهم ، قاله ابن القاسم عن مالك ، وقاله أصبغ .

وقال ابن عبد الحكم غير هذا ، وهو قول أشهب : إن الطارئ يقاسم من وجد من الورثة مليًا بما صار له حتى كأنه لم يترك الميت غيرهما ، ثم يتبعان باقى الورثة ، فمن أيسر دخلوا معه وساووه ، هكذا حتى يعتدلوا .

قال محمد : وإن ترك على هذا امرأة وابنًا ، فأخذت المرأة الثمن ، والابن ما بقى ، ثم طرأت زوجة أخرى ، فوجدت صاحبتها عديمة والابن مليًا ، فلترجع على الابن بثلث خمس ما صار إليه ، وهو جزء من خمسة عشر مما في يديه ، لأن له أربعة عشر من ستة عشر ، ولكل واحدة من الزوجتين سهم ، ثم يرجعان على الزوجة بنصف ما أخذت ، وكل ما وجدوا عندها من ذلك اقتسماه على خمسة عشر حتى يستوفياه ، ولو قالت الطارئة لما قدمت : قد صار إليَّ ميراثى، فيكون كقولهما: تركت لكما ميراثى لا حاجة لي به ، وينقض القسم ، فيقسمان على خمسة عشر

جزء ، للابن أربعة عشر ، ولهذه جزء ، فعلم أنه قد صار لهذه الطارئة مثل ما أخذت هذه من الابن ، فيصير ذلك على ستة عشر بينهما منقسمًا على التعديل .

ما يجوز قسمه بالسهم وما لا يجوز، وقسمة الحلى، ومن لم يرض بما خرج له بالسهم، أو قال للقاسم: غلطت، أو لم تعدل، وشراء ما يخرج بالسهم، وقسمة الغائب أو بالخيار

قال ابن القاسم : وإذا ورث قوم دورًا ورقيقًا وعروضًا وحيوانًا ، فأرادوا القسمة، فجعلوا العروض حظًا ، والدور حظًا ، والرقيق حظًا ، والبقر حظًا على أن يضربوا على ذلك بالسهم ، لم يجز وإن كانت قيمة كل صنف مثل قيمة الآخر ، لأنه خطر، ولكن يقسم كل صنف على حدة ، البقر على حدة ، والغنم على حدة، والعروض على حدة ، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم ، وقاله مالك .

قال ابن القاسم :وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما [ق/ ١٣٢ / ٩ب] قيمة مثلها ناحية ، وكذلك من ربع أو عروض أو حيوان ويقرعوا .

وأما بالتراضى بغير قرعة ، فجائز ، وليس هذا كدارين بين رجلين وهما في الموضع والنفاق سواء إلا أنهما متفاضلتان في البناء فواحدة جديدة والأخرى رثة أو دار بعضها رثيث وباقيها جديد ، فقد جوز مالك أن يجمع ذلك كله في القسم بالسهم بالقيمة ، لأنه صنف واحد منه جيد ودون ، كقسمة الرقيق على تباينها ، وكل صنف لابد من ذلك فيه ، بخلاف صنفين مختلفين .

م : وقد تقدم هذا .

ومن هلك وترك متاعًا وحليًا قسم المتاع بين الورثة بالقيمة ،والحلى بالوزن .

قال مالك : وإن قالت الأخت : أعطونى حظكم من الحلى بوزنه ذهبًا يدًا بيد، فرضوا جاز ذلك .

قال ابن القاسم : وإن كان في الحلى جوهر لا يبين منه ، فإن كانت الذهب والفضة قدر الثلث فأدنى ، أو كانت سيوفًا محلاة ، حلية كل واحد منها الثلث فأدنى، فلا بأس بقسمة ذلك كله بالقيمة ، لأن السيف إذا كان فيه من الفضة الثلث فأدنى يجوز بيعه بفضة نقدًا ، أقل مما فيه أو أكثر عند مالك ، ويجوز بيعه بالفضة والعروض ، أو بسيف فضته أكثر من الثلث أو أدنى ، وكذلك القسمة .

وإن كانت فضة كل سيف أكثر من الثلث ، فلا خير فيها بالقيمة ، وكذلك الحلى .

وإذا قسم القاسم بين قوم دورًا أو رقيقًا أو عروضًا ، فلم يرض أحدهم بما أخرج السهم له أو لغيره ، أو قال : ما أظن أن هذا يخرج لى ، فقد لزمه وقسم القاسم ماضٍ ، كان في ربع أو حيوان أو غيره .

وكذلك إن قالوا له : غلطت ، أو لم تعدل ، أتم قسمه ونظر الإمام في ذلك ، فإن كان قد عدل أمضاه ، وإلا رده .

ولم ير مالك قسم القاسم بمنزلة حكم القاضى ، ولا يجوز لأجنبى أن يشترى من أحدهم ما يخرج له بالسهم من هذه الثياب ، إذ لا شركة له فيها ، وإنما جاز ما أخرجه السهم في تمييز حظ الشريك خاصة ، لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليس من البيوع ، والقسمة تفارق البيوع في بعض الحالات .

قال ابن القاسم : وإذا ورثا نخلاً وكرمًا لم يعرفاه ولا رأياه ، أو عرف ذلك أحدهما ، فرضيا بأن يأخذ أحدهما الكرم ويأخذ الآخر النخل ، لم يجز ذلك عند مالك ،إلا أن يكونا قد رأيا ذلك أو وصف لهما ، فيجوز على ما تراضيا عليه .

ولا بأس أن يقسما دارًا غائبة على ما يوصف لهما من بيوتها وساحتها ويميزا حصتيهما بالصفة ، كما يجوز بيعها بالصفة .

قال ابن عبدوس : قال سحنون : لا تقسم إلا بتراضٍ بغير قرعة ، ولا يجوز بالقرعة ، ولا يجبر عليه من أباه ، لأن القسمة بالقرعة لا تكون إلا باعتدال القيمة .

ولا يقوِّم دارًا بمصر من هو بإفريقية ، إذ قد تحول أسواقها من يوم المعاوضة ، أو يتغير بناؤها في طائفة دون طائفة ، فلا يقدر حينئذ على التعديل ، إلا أن تكون غيبته قريبة جدًا ، فيجوز قسمها بالقرعة .

قال مالك : فلو قسما دارًا أو رقيقًا أو عروضًا على أن لأحدهما الخيار أيامًا يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء ، فذلك جائز .

قال ابن القاسم : وليس لمن لا خيار لهما منهما رد وذلك لمشترطه ، وإذا بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم بها للبيع ، فذلك رضى كالبيوع .

في القسم على الغائب والصغير، وقسم الأب والوصي والأم ووضيهما، ووصي الجد والعم، وقسم الكافر والملتقط والزوج

قال ابن القاسم : وإذا ورث قوم داراً والشريك غائب ، فأحبوا القسم ، فالقاضي يلي ذلك على الغائب ويعزل حظه ، وكذلك هذا في الرقيق وجميع الأشياء، وإنما يتوقف في الحكم على الغائب ويستأنى إذا ادعى في ربعه ، إلا أن تكون غيبته بعيدة كالأندلس وطنجة .

وأما في القسم ، فليقسم عليه.

قال أشهب في « المجموعة » : ويوكل القاضي من يقوم له بذلك ، وإن لم يجد ذلك إلا بأجر ، فليستأجر له .

قال ابن القاسم : وكذلك إن كان الشريك حاضراً ، أو غاب بعض الورثة وقام الحاضرون ، أو قام موصى له بالثلث والورثة غيب ، وطلب القائم القسم ، فالقاضي يلي ذلك ويوكل من يقسم بينهم ويعزل نصيب الغائب ، فإن رفعوا ذلك إلى صاحب الشرط فقسم بينهم لم يجز ذلك إلا بأمر قاضٍ .

ابن حبيب : قال ابن القاسم عن مالك في صاحب الشرط : إن كان عدلاً فمقاسمته على الصغار جائزة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم :ويجوز أن يقاسم على الصغير أبوه أو وصيه، الدور والعقار وغيره ، مالك ذلك بمورث عن أمه أو بغير ذلك ، وقاله مالك .

ولا يقسم الوصي عن الصغار حتى يرفع ذلك إلى الإمام ، فيقسم بينهم إذا أراه نظراً .

وقال سحنون : يجوز قسم الوصي بين الأصاغر دون الإمام .

قال ابن القاسم : وإن كان مع الأصاغر أكابر ، فأراد الوصي أن يقاسم الكبار للصغار ، فأحب إليَّ أن يرفع ذلك إلى القاضي ، فإن قسم الكبار للصغار ، أو غابوا ، أو صار لكل صغير منهم بقسم وصي أو قاضي مع أكابر ، بقي بحاله لا يحط أنصباؤهم بعد ذلك ، ولو غاب أحد من الأكابر لم يجز قسم الوصي عليه ، ولا يقسم لغائب إلا الإمام أو يوكل بذلك ، ويجعل ما يصير له بيد أمين ، وليس لوصي الأصاغر أن يقول : أبقوا حظ الغائب بيدي حتى يقدم ، وإنما ينظر للغائب السلطان .

قال مالك في الحالفة لتقاسمن إخوتها : أحب إليَّ أن يرفعوا ذلك إلى القاضي ، فيأمر من يقسم بينهم خوفًا من الدلسة فتحنث .

قال [ق / ١٣٣ / ٩ب] حمديس : وعلى أصله لو قاسمتهم على الصحة وتستوثق بالبينة ، لكانت غير حانثة ، ولا يجوز لمسلم أن يسند وصيته إلى ذمى ، ولا من لا ترضى حاله من المسلمين ، فإذا قاسم الصغير أبوه فحابى ، لم تجز محاباته في ذلك ولا هبته ولا صدقته في مال ابنه الصغير ، ويرد ذلك إن وجده ولم تفت عينه.

ابن الماجشون : تمضى صدقته إن كان موسرًا ، ويغرم القيمة ، وإن كان معسرًا ردت ورد العتق وإن طال .

وقال أصبغ : يمضى ذلك وإن كان معسرًا ويتبع بالقيمة .

قال مالك : وترد الصدقة والهبة ، إن كان الأب موسرًا .

وإن فات ذلك وتلفت عند المعطى ضمنها الآن في ماله إن كان مليًّا يوم يختصمون دون المعطى .

وإذا غرم الأب في ملائه لم يكن للأب ولا للابن أن يتبع المعطى بشيء .

وإن كان الأب عديمًا رجع الولد على المعطى بذلك .

وإن كان الأب والمعطى عديمين يوم يختصمون اتبع الولد أولهما يسرًا بالقيمة ، ومن أدى منهما لم يرجع على صاحبه بشيء .

ولو أيسر الأب أولهما ، لم يكن للابن تركه واتباع الأجنبى ، كما ليس له ذلك في ملائهما .

قال مالك : وإن أعتق الأب غلام ابنه الصغير - يريد عن نفسه لا عن الصبى - جاز ذلك إن كان الأب موسرًا يوم أعتق ، وعليه الثمن في ماله .

وإن كان معسرًا يوم أعتق لم يجز عتقه ورد ، إلا أن يتطاول زمان ذلك ، وينكح الحرائر ، وتجوز شهادته فلا يرد عتقه ، ويتبع الأب بقيمته .

وفي كتاب الشفعة ذكر بيع الوصى عقار اليتامى .

فصل

قال مالك : وإذا هلكت امرأة وتركت ولدًا صغيرًا يتيما لا أب له ولا وصى ،

فأوصت بالصبى وبمالها إلى رجل ، لم يجز ذلك ، ولا يكون وصيًا ، ولا تجوز مقاسمته عليه ولا شيء من صنيعه ، وهو كرجل من الناس إلا أن المال الذى ورث الولد عن أمه لا ينزع من الوصى إن كان يسيرًا نحو ستين دينارًا .

قال ابن القاسم : وإنما استحسن ذلك مالك وليس بقياس .

وإن أوصت إليه الأم بتنفيذ ثلثها جاز وله تنفيذه ، ولا يكون وصى العم أو الجد أو الأخ ويستأنى يسير مال ولا كثيره ، والأم بخلافهم إذ لها اعتصار ما وهبت لولدها كالأب ، وليس للأخ ولا للجد أن يعتصرا .

قيل : فما يصنع بهذا المال الذى أوصوا به ؟

قال : ينظر فيه السلطان ويجوزه على الصغير والغائب .

وفي كتاب الوصايا شيء من هذا .

ومن « الواضحة » : قال مطرف وابن الماجشون : إن مالكًا وغيره أجازوا للأيتام الذين لا أب لهم ولا وصى ، ولهم أم أو عم أو أخ رشيد ، أو غيره ممن احتسب فيهم من الأجنبيين فقاموا بولائهم ، أن يجوز له فيهم وعليهم ما يجوز ولهم كما يجوز ما يجوز للوصى على من لا وصى لهم إليه من مقاسمة أو بيع أو ابتياع أو صلح أو تزويج .

قال : أو حيازة صدقة منه أو من غيره ، ينزل في جميع ذلك بمنزلة الموصى ، وقاله أصبغ ، وقاله ابن القاسم فيمن يلى اللقيط ، وكذلك في من ولى يتيمًا فاكتفله، فهو له كالوصى ، ولا يجوز قسم الأب على ابنه الكبير وإن غاب ، ولا الأم على ابنها الصغير ، إلا أن تكون وصية ، ولا الكافر على ابنته المسلمة البكر كما لا يزوجها .

ويجوز قسم ملتقط اللقيط عليه ، ومن كنف أخًا له صغيرًا أو ابن أخ احتسابًا ، فأوصى له أحد بمال ، فقام فيه ، لم يجز بيعه له ولا قسمته .

وكذلك لو ورث على تركة أخيه وولده بغير إيصاء ، فهو كالأجنبى .

ولا يجوز قسم الزوج لزوجته البكر ، ولا قبض مالها ، والأب أو وصيه أولى بذلك ولو دخلت حتى تؤنس رشدها بعد الدخول ، فيدفع إليها حينئذ مالها ، وليس للزوج قضاء مالها قبل البناء ولا بعده .

وإن مات الأب ولم يوص ، لم يجز للزوج أن يقسم لها إلا بأمر قاض .

فيمن وجد في نصيبه عيبًا بعد القسمة

قال ابن القاسم : وإذا اقتسم شريكان دورًا أو رقيقًا أو عروضًا أو أرضين ، فوجد أحدهما ببعض ما أخذ عيبًا ، فإن كان وجه ما نابه أو أكثره ، رد الجميع وابتدأ القسمة ، إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو حبس أو صدقة أو هدم أو بناء ، فرد قيمته يوم قبضه ، فيقتسمان تلك القيمة مع الحاضر المردود ، وليس حوالة الأسواق في الدور فوت .

قال ابن حبيب : فإن فات بعضه رد قيمة ما فات ، فكان ذلك مع ما لم يفت بينهما .

وكذلك بعض النصيب الذى وجد فيه العيب يرد نصف قيمة ما فات منه لصاحبه، واختلاف الأسواق في ذلك عند مالك فوت في جميع الأشياء إلا في الدور والأرضين .

قال أبو محمد في فوت العيب باختلاف الأسواق ليس بقول مالك ، وإنما هو فوت في عوضه ، والعوض في القسم أقامه ابن حبيب مقام البيع ، وقد اختلف فيه.

ومن كتاب القسم : قال ابن القاسم : وإن كان المعيب الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت ، إذ لم ينتقض القسم ، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده ، رجع على صاحبه بقيمة صرف سبع ما أخذ ثمنًا ، ثم يقتسمان هذا المعيب .

وكذلك إن اقتسما دارًا واحدة ، ثم وجد أحدهما عيبًا يسيرًا أو كثيرًا ، أو اقتسما على التراضى ، فأخذ أحدهما نخلاً ودورًا ورقيقًا وحيوانًا ، وأخذ الآخر بزا وعطرًا وجوهرًا ، فأصاب أحدهما بنصف ما أخذ عيبًا ، فعلى ما ذكرنا .

ولو بنى أحدهما في حصته من الدار أو هدم بعد القسمة ، ثم وجد عيبًا ، فذلك فوت [ق / ١٣٤ / ٩ب] ويرجع بنصف قيمة العيب ثمنًا على ما فسرنا .

قال ابن عبدوس : قال سحنون : لم يحملها محمل البيع ولا محمل القسم .

قال ابن عبدوس : كأنه يقول : ليس البناء فوت إذا ظهر على عيب ، ولكن يكون شريكًا بالبناء ، وتكون الدار بينهما ، كما في المبتاع يصبغ الثوب ثم يظهر به

على عيب ، فليرده ويكون بالصبغ شريكًا ، فهذا محمل البيوع ، والقسمة ليس فيها فوت ، ويرجع فيه على كل حال .

ومن « المدونة » : قال مالك فيمن ابتاع دارًا عظمى أو نخـلاً ، فاستحق بعضها، أو وجد بها عـيب : فأما اليسير كـبيت من دار عظمى أو نخلات يسيرة من كـثيرة ، فإن ذلك يرجع بحصته من الثمن ، ويلزمه البيع فيما بقى ، وإن كان كثيرًا رد البيع، وكذلك القسمة .

وإذا اقتسم رجلان حنطة ، فأصاب أحدهما فـيما أخذ عيبًا بعد أن طحنها ، رد قيـمتها ، ويرد الآخـر الطعام الذى أخذه أو مكيلتـه إن فاتت ، ثم يقسـمان ذلك ، وليس له أن يرجع بنصف قيمة العيب في حنطة صاحبه فيدخله التفاضل في الطعام، ولا عليه أن يأتى بحنطة معيبة مثلها ، إذ لا يحاط بمعرفتها ، والقسم في وجوب الرد بالعيب والاستحقاق كالبيع فيمن ابتاع عـرضًا أو حيوانًا أو غيره فوجد به عيبًا بعد أن فات عنـده ، فإنه إنما يرجع بحـصة العـيب من الثمن ، وليس عليـه ولا له أن يأتى بسلعة معيبة مثلها ، إذ لا يحاط بمعرفة ذلك .

ولو كان يحاط بمعرفته كان له أن يخرج مثلها فيما يكال أو يوزن .

قال ابن عـبدوس : وقال أشـهب :يرد مثل الحنطة ، ثم يقـسمان ذلك وحـصة الآخر نصـفين ، وبلغنى أن سحنون قال : يكون شـريكًا بقيمـة الطحن ، ويكون ما بقى وحصة الآخر بينهما .

في تبادل الطعامين ومن اشترى نصف عبد فاستحق ربع جميع العبد

قال ابن القاسم : وإذا تبادلا قمحًا عفنًا بعفن مثله ، فإن اشتبها في العفن ، فلا بأس به ، وإن تباعدا لم يجز .

وإن كانا مغشوشين ، أو كان أحدهما أو كلاهمـا كثير التبن والتراب حتى يصير كـأنه خطر لم يجز أن يتبـادلا إلا في العلف الخفـيف ، أو يكونا نقـيين ، فكذلك سمراء مغلوثة بشعير مغلوث ، لا يجوز إلا أن يكونا نقيين .

وليس حشف الثـمر بمنزلة غلث الطعام ، لأن الحشف من الثـمر ، والغلث في الطعام هو غير الطعام .

قال ابن القاسم : ولو كان بينهما طعام مغلوث وهو صبرة واحدة ، جاز لهما أن

يقتسماها بينهما .

وإن كانا صبرتين مختلفتين ، لم يجز ذلك ، لأنه لا يدرى موقع غلث كل واحدة من صاحبتها ، فهو غرر.

والذى أجيز من القمح بالقمح ، أو القمح بالشعير أن يكونا نقيين أو يكونا مشتبهين ، ولا يكون أحدهما غلثًا والآخر نقيًا .

قال مالك : فيغربل القمح للبيع ، وهو الحق الذى لا شك فيه .

فصل

ومن اشترى عبدًا ، فباع نصفه ثم استحق رجل ربع جميع العبد ، فقد جرى الاستحقاق فيما بيع وفيما بقى .

ومن قول مالك فيمن ابتاع عبدًا كاملاً فاستحق سيده : إن له رده كله لضرر الشركة ، أو يحبس ما بقى من العبد بحصة من الثمن .

قال ابن القاسم : والمستحق يأخذ الربع من جميع ما باع المبتاع ومما بقى بيده ، ثم للمبتاع الثاني أن يرجع من ثمنه على بائعه بقدر ما استحق من العبد من حصته ، أو يرد بقية صفقته إن شاء ، ويخير المشترى الأول أيضًا كما وصفنا .

قال سحنون : هذا خطأ ، وإنما يقع الاستحقاق فيما أبقى بيده دون ما باع ، ويرجع المشترى على بائعه بقدر ما استحق ، وليس له أن يرد ما بقى ، لأنه قد باع نصف العبد .

قال أشهب : ليس للمستحق أن يأخذ من النصف المبيع من العبد شيئًا ، كعبد بين رجلين ، باع أحدهما نصفه ، فليس للآخر أن يدخل معه فيما باع بأن يقول : بعت نصف عبد هو بينى وبينك فهلمَّ نصف الثمن ، وليس هذا مثل طعام بينهما باع أحدهما نصف الطعام وكاله لصاحبه ، لأن الطعام كان القسم فيه ممكنًا قبل البيع ، والعبد لا قسمة فيه ، وكان كل واحد في بيع نصيبه منه كالمقسوم المميز ، فبذلك إذا باع ربعه ولا يعلم أن لأحد فيه شيئًا ، فإنما وقع البيع على ما يملك لا على ما ملك عليه ، وأعجب هذا القول سحنون وقال به ، وقد تقدم بعض هذا في كتاب الاستحقاق .

قال ابن القاسم في «كتاب القسم» : ولو اطلع المبتاع على عيب بالعبد بعد أن

باع نصفه ، فرضى به المبتاع الثانى ، فـأراد المشترى الأول رده ، فالخيار ها هنا للبائع في أن يغرم له نصف قيمة العيب ، أو يقبل نصف العبد بنصف الثمن .

فيمن استحق نصيبه أو بعضه بعد القسمة

قال ابن القاسم : وإن اقتسـما عبدين ، فأخـذ هذا عبدًا وهذا عبدًا ، فـاستحق نصف عبد أحـدهما ، فللذى استحق ذلك من يده أن يرجع على صاحبـه بربع العبد الذى في يديه إن كان قائمًا .

فإن فات ببيع أو حوالة سوق فأعلى ، رجع على صاحبه بربع قيمته يوم قبضه ، ولا خيار له في غير هذا .

قال أبو مـحمد : إذا استحق نصف أحدهمـا فللذى استحق ربع كان له ، وربع عاوض به من ربع العـبد الآخر ، فيرجع بعـوضه وهو ربع العبد إن كـان قائمًا ، أو بقيمة العبـد يوم قبضه إن فات ، وحوالة الأسواق فأعلى فـيه فوت ، لأنه كالثمن ، ولما استحق نصف ما صار إليك لم يكن لك [ق / ١٣٥ / ٩ب] رد باقيه ، بخلاف مبتاع عبده ، يرده باستحقـاق السيد لضرر الشركة من منع السفر والوطء في الأمة ، لأنهما في قسمة العبدين لم يبع أحدهما من الآخر عبدًا كاملاً ، فيكون ضرر الشركة بالاستحقاق حجة له في رد باقيه ، لأنهما على ضرر الشركة كانا ، ولو جعلت ذلك حجـة لم أردهما إلا إلى ضرر الشـركة ، فصـار كمبـتاع عبـدين متكافئين يسـتحق أحدهما ، أو مبتاع لدور أو سلع ، لا يرد في ذلك الصفقة إلا بالاستحقاق أكثرها .

قال ابن عـبدوس : جعل كل واحـد منهمـا يضمن ما بيـده ، أن لو مات عـبد أحدهما ، واستـحق عبد الآخر ، فجعل من مات بيـده يغرم للآخر نصف الميت يوم قبضه ، مثل من باع عبدًا بعبد .

قال سحنون : وهذا خلاف أصل مالك ، والقسم بخلاف البيع ، ألا ترى أنه لو طرأ دين لم يضمن من مات عبده في يديه .

قال ابن عـبدوس : أرأيت لما استـحق عبد هذا فـأوجبت له أن يرجع على الذى مات العبـد في يديه ثم طرأ دين ، ما أنت صانع ؟ فإن أمرت من أخذ نصف الـقيمة أن يعطيـه في الدين فقـد ضمنت من مـات عبـده في يديه لرب الدين ، وأصلك لا يضمن من مات بيده لأهل الدين .

فإن لم يرجع رب الدين على الذى أخذ نصف القيمة كنت قد ورثت مع قيام الدين.

فإن أسقطت بلحوق هذا الدين الرجوع للأخ على أخيه بشيء ، فهو أشنع في القول .

ولو كان القسم بيعًا لكان لمستحق العبد أن يجيز البيع في نصفه ويأخذ نصف الآخر.

وإن وجد عبده قد مات كان له أخذ نصف الآخر، لأنه ثمن نصف عبده ، وكله قول أشهب وسحنون ، ثم اختلفا فيما أحدث أحدهما بفلعه هل هو فوت أم لا ؟

فقال أشهب : إذا استحق عبد أحدهما ، رجع على شريكه فيما أخذ ، ولا يفيت ذلك حوالة سوق أو بدن .

فأما إن باع أو دبر أو كاتب أو بنى أو هدم أو حبس ، فذلك فوت يوجب عليه القيمة يوم القسم .

قال ابن عبدوس : ويدخل في هذا على أشهب ما ذكرنا في الموت ، يقال له : فلو ذهبت يده بعد القسم ثم أعتقه ،فأوجبت عليه قيمته صحيحًا يوم القسم وهى مائة ، وقيمته يوم العتق خمسون ، فأغرمته مائة ، فقد ضمنته ما لم يكن له في تلفه فعل .

قال : فإن قال : ضمنته يوم القسم لأن التسليط بالقسم وقع .

قيل : فقد كان التسليط موجودًا والضمان مرتفعًا ، وإنما وقع الضمان بالعتق .

وأما سحنون فإنه ضمنه قيمته يوم العتق .

قال سحنون : فإن باع أحدهما عبده واستحق عبد الآخر ، كان الثمن بينهما .

ولو كانت أمة فاتخذها أم ولد ، فإنما يضمنه قيمتها يوم حملت ، وعند أشهب قيمتها يوم قاسم .

وأما إن وهب أو حبس ، فعلى أصل سحنون تجوز ، والهبة في نصيبه لا في نصيب شريكه ويأخذ شريكه نصيبه من الموهوب وإن كان فيما ينقسم قاسمه .

وفي قول أشهب يضمن لأخيه نصف قيمته يوم قاسم .

فإن أعتق ، **فقال أشهب** : إنما يضمن نصف قيمته يوم قاسم .

وعلى أصل سحنون يعتق نصيبه ، ويقوم عليه نصيب شريكه بقيمته يوم التقويم إن كان مليًا .

وأما إن كان ما يبنى فبنى ، فقال ابن القاسم وأشهب وابن كنانة : يضمن نصف قيمة ما قبض .

قال سحنون : وليس هذا أصل ابن القاسم ، وينبغي على أصل القسمة أن يشاركه في عرصة ما بنى ، ثم يتعاملان في البناء على حديث حميد بن قيس في الاستحقاق .

قال سحنون : والهدم في القسم ليس بفوت .

وقد قال ابن القاسم في الموصى له بالثلث يأخذ ثلث دور الميت مقاسمة ، ثم يستحق ما بيده يرجع على الورثة وقد هدموا : إن له ثلث ذلك مهدومًا ، فهذا هو أصل جيد .

قيل : فلو قسما خشبًا فعمل أحدهما نصيبه أبوابًا ؟

قال : قد قال مالك فيمن ابتاع غزلاً فنسجه ثم فلس : إن النسج ليس بفوت .

وبلغني عن سحنون : إن الطحن ليس في القسم بفوت ، وكذلك ينبغي في الخشب .

وقال : إذا اغتل العبد ثم استحق عبد الآخر ، إنه يرجع في العبد الآخر وفي غلته .

فقلت : مثل المطلقة تغتل عبدًا قبل البناء أصدقها ؟ فسكت ، وقال بعد ذلك : قد اختلفوا فيه .

قال ابن عبدوس : فأما غلة العبد المستحق ، فإن كان بيد أيهما بغصب ، فغلته للمستحق . وإن كان بشراء فالمستحق من يده مخير ، إن شاء تماسك بما في يده من الغلة ولم يرجع على أخيه بشيء ، ولا يرجع عليه أخوه بشيء .

وإن شاء رد الغلة فكانت مع العبد الباقي ، وغلته بينهما نصفين .

وروى أشهب عن مالك في ثلاثة إخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاقتسموهم ، وأخذ كل واحد عبدًا ، فمات عبد أحدهم ، واستحق عبد الآخر : فمن مات بيده العبد فلا

يرجع بشيء ، ولا يرجع عليه بشيء ، ويرجع الذى استحق من يده العبد على أخيه الذى بقى عبده فيكون له ثلثه ، وللذى هو في يده ثلثاه .

ولو مات أيضًا هذا العبد لم يرجع على من كان بيده بشيء .

قال أشهب : فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من استحق من يده على من مات بيده بثلث قيمته ، ولكن ليس كالبيع .

قال سحنون عن ابن القاسم : فإن كان العبد المستحق يرجع فيه بثمن على بائعه لما استحق بثلث ذلك الثمن وثلث العبد الباقى للذى العبد في يديه ، وقاله سحنون .

قال ابن عبدوس : وتفسير هذا عندى على مذهب ابن القاسم فيما أوجب من الضمان بالقسمة ، إنما ذلك إذا كان رجعوا به من الثمن على بائع العبد مثل قيمة العبد المستحق يوم اقتسموا ، فإن كان أكثر مما زاد على ذلك ، رجع فيه الذى مات عبده فى يديه بثلثه ، فأما مقداره من الثمن فلا حجة له فيه ، لأن مصيبته منه .

ولو لم يمت منهم أحد حتى استحق أحدهم [ق / ١٣٦ / ٩ب] فالمستحق مخير بين أن يجيز البيع ويرجع بالثمن على البائع ويمضى القسمة ، وإن شاء أخذ عبده ويرجع الإخوة بالثمن على البائع فقسموه بينهم أثلاثًا ، ويرجع المستحق منه العبد على إخوته فكان شريكًا لهم بثلث كل عبد ، وليس له أن يأخذ الثمن ويسلم لهم العبدين ولا لهما ذلك إن طلباه ، وهذا على مذهب ابن القاسم الذى يضمن بالقسم من مات عبده في يده .

وأما من لا يضمنه ، ففي مسألة إذا مات عبد أحدهم واستحق عبد الآخر ، فقد فات العبد وثلثه للمستحق منه العبد الآخر ، فمنه ضمانه ، وثلثاه من الذى مات العبد في يديه ثلث هو له وثلث عاوض به الذى بقى العبد في يده ، لأن القسمة بين هذين قد تمت ، وبينه وبين المستحق منه قد انتقضت فيكون الثمن بينهما أثلاثًا وللمستحق منه العبد ثلث العبد الباقى على هذا الأصل .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : إذا اقتسم رجلان عشرين دارًا بالسهم أو التراضى ، فوقع لكل واحد عشرة أدير ، فاستحقت واحدة ، أو وجد بها عيبًا ، فإن كانت جل ما بيد من وقعت له وأكثره ثمنًا انتقض القسم .

وإن لم يكن جله ، فإن كانت قدر عشر نصيبه وقد استحقت رجع بنصف عشر

قيمة ما بيد الآخر ثمنًا ، ولا يرجع فيه وإن كان قائمًا .

وإن كان إنما وجد بها عيبًا ، فليردها ويرد الآخر عشر قيمة ما بيده ، ثم يكون ذلك مع الدار المعيبة بينهما ، إذ لم ينتقض القسم ، واستحقاق دار من دور ، أو ثوب من ثياب في البيوع بخلاف الدار الواحدة يبتاعها ثم يستحق بعضها ، لما يدخل عليه من الضرر فيما يريد أن يبنى ويسكن ، إلا أن لا يضر ذلك في بقيتها ، والنصف والثلث فيها كثير يوجب له رد باقيها فيها أو حبسه بحصته من الثمن .

وأما في القسم ، فلا ينتقض القسم إلا باستحقاق جل نصيبه حتى يضر به في باقيه .

ولو اقتسما دارًا بالسواء ، فأخذ هذا ربعها من مقدمها ، وأخذ الآخر ثلاثة أرباعها من مؤخرتها ، جاز ذلك .

فإن استحق نصف نصيب أحدهما لم ينتقض القسم ، ورجع على صاحبه بربع قيمة ما بيده ، ولا ينتقض القسم في هذا إن استحق من يد كل واحد منهما تافها يسيرا ، فإن استحق جل ما بيده انتقضت القسمة ، ورد ما بقى بيده ، وابتدئا القسم إلا أن يفوت نصيب صاحبه ، فيخرج قيمته .

وإن اقتسما دارًا أو أرضًا ، أو أراضى ، فبنى أحدهما أو غرس ، ثم استحق نصف نصيبه ، فتلك العمارة فوت .

وكذلك إن استحق نصف نصيب الذى لم يبن ، فالبناء والغرس فوت ، وليرد الذى لم يبن ما بقى ، ويرد الذى غرس أو بنى قيمة جميع حظه لفوته بالعمارة ، ويقتسمان ذلك كله إن كان الذى استحق كثيراً .

م : يريد أكثر من النصف .

قال : وإن كان يسيراً تركت القسمة ونظر إلى ما قابل ذلك بيد صاحبه ، فيرجع عليه بنصف قيمته ولو كان الاستحقاق في نصيب الذى عمَّر ، فإما دفع المستحق إليه قيمة ما عمَّر قائمًا ، وإلا دفع هذا إليه قيمة أرضه ، إذ ليس هو بغاصب ، وينظر فإن كان الذى استحق قليلاً قدر ربع ما في يديه لم ينتقض القسم ، ورجع على صاحبه بثمن قيمة ما في يديه ، ولا يرجع بذلك في حصة شريكه وإن كان قائمًا .

م : يريد : وإن كان أكثر من النصف رد قيمة ما بقي في يديه ، ورد الذى لم يعمرٍ ما بيده ، وكان ذلك بينهما .

قال أبو محمد : هكذا أشار ابن القاسم في أول المسألة ، ثم قال في آخرها : وانظر أبدًا إلى ما استحق ، فإن كان كثيرًا كان له أن يرجع بقدر نصف قيمة ذلك فيما بيد صاحبه شريكًا فيه إن لم يفت ، وفي اليسير يرجع بنصف قيمة ذلك ثمنًا من دنانير أو دراهم ، وهذا قول مالك .

وكذلك العبيد في اليسير يرجع بنصف قيمة ذلك ثمنًا ، وفي الكثير يكون به شريكًا لصاحبه فيما بيده في القسمة .

وأما في البيع فيرجع في اليسير بحصته من الثمن ، وفي الكثير يرد الجميع ويأخذ الثمن إن كان ذلك جملة عبيد فيستحق بعضها ، بخلاف العبد الواحد يستحق بعضه ، هذا له رد جميعه باستحقاق أيسره لضرر الشركة.

وأما العروض أو العرض الواحد يستحق أيسر ذلك ، فليرجع بحصته من الثمن، وفي الكثير - يريد أكثر من النصف - يرد الجميع ويأخذ الثمن إن كان عينًا ، أو قيمته إن كان عرضًا .

وقد قال مالك فيمن اشترى مائة أردب حنطة ،فاستحق منها خمسون ، فالمشترى مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن ، أو يرده ويأخذ جميع الثمن ، بخلاف العروض .

فإن أصاب بنصف الطعام أو بثلثه عيبًا لم يكن له إلا أن يحبس الجميع أو يرد الجميع ، وقد تقدم شرح ذلك في كتاب العيوب .

قال ابن القاسم : وإن اقتسما عشرين شاة ، فوقع لهذا خمسة عشر ، ولهذا خمسة بالقيمة والسهم ، جاز .

فإن استحقت شاة من يد أحدهما لم تنتقض القسمة ونظر ، فإن كانت قدر خمس ما بيده رجع على صاحبه بعشر قيمة ما بيده .

وفي مختصر أبى محمد : فإن كانت قدر نصف ما بيده ، رجع على أخيه بربع ما بيده إن لم يتغير .

فإن حال أو تغير ، رجع على أخيه بربع قيمة ذلك .

وإن استحق جل ما صار لأحدهما انتقض القسم .

م : وبلغني عن بعض الفقهاء القرويين أنه قال : الذى تحصل عندى في وجود العيب أو الاستحقاق يطرأ بعد القسم أن ينظر ، فإن كان ذلك كالربع فأقل ، رجع بحصة ذلك ثمنًا . وإن كان نحو النصف أو الثلث فيكون بحصة ذلك شريكًا فيما بيد صاحبه ، ولا ينتقض القسم .

وإن كان فوق النصف انتقض القسم وابتدآه ، فهذا الذى يتحصل من ذلك ، والله أعلم [ق / ١٣٧ / ٩ب] .

م : وهذا التحصيل حسن ليس في هذا الباب ما يخالفه إلا في مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها ، ويأخذ الآخر ثلاثة أرباعها ، فيستحق نصف نصيب أحدهما ، قال: يرجع بربع قيمة ذلك فيما بيد صاحبه ، ولو قال : ربع ما بيده صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل ولم يكن في الباب تناقض .

ومن « المدونة » : فإن اقتسما جاريتين ، فأخذ كل واحد منهما جارية ، فاستحقت جارية أحدهما بعد أن أولدها ، فلربها أخذها وقيمة ولدها ، ويرجع هذا على صاحبه بنصف الجارية الأخرى وإن لم تفت .

فإن فاتت بتغير سوق أو بدن أو غير ذلك من الفوت أخذ منه نصف قيمتها ، كمن باع جارية بجارية ، وهذا مما رده سحنون ، لأنه جعله يضمن ما تغير أو فات بيده لصاحبه ، والقسم بخلاف البيوع في الضمان .

قال ابن القاسم : وقد قال مالك فيمن استحق أمة وقد ولدت من مبتاعها : فليأخذها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق ، وأخذ به ابن القاسم ، ثم رجع مالك وقال: لا يأخذها ، لأن في ذلك على المبتاع ضرر لما يلحقه من العار ويلحق ولده إذا أخذت أمه منه ، ولكن يأخذ المستحق قيمتها وقيمة ولدها .

وقد قال ابن القاسم : ولو رضى المستحق بأخذ قيمتها لم يكن للذى أولدها أن يأبى ذلك ، ويجبر حينئذ في قولى مالك جميعًا على غرم قيمتها وقيمة ولدها .

قال مالك : وإنما يأخذ قيمتها يوم يستحقها ، لأنها لو ماتت عند المبتاع قبل أن يستحقها ربها لم يلزم المبتاع قيمتها ، ولو لزمه قيمتها إذا هلكت ما لزمه من قيمة

ولدها شيء ، فليس لربها إلا قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق .

م : وقد أوعبت شرح هذه المسألة في كتاب الاستحقاق .

قال ابن القاسم : وأما من باع أمة في سوق المسلمين بعين أو عرض أو حيوان ، ثم استحقت من يد المبتاع بعد أن حالت في يديه في سوق أو بدن بأمر من الله تعالى، وحال الثمن الذى بيعت به إن كان عرضًا بزيادة أو نقص ، في سوق أو بدن بأمر من الله تعالى ، فليس لصاحبها إلا أن يأخذها بحالها ، أو يجيز البيع ويأخذ من بائعها ما بيعت به على ما هو به من نقص أو نماء .

قال : ومن باع عرضًا بعرض فوجد أحدهما بالذى بيده عيبًا وقد حال سوقه ، فليرده ويأخذ عرضه ما لم يفت بحوالة سوق فأعلى ، فلا تكون له إلا قيمته .

قال ابن القاسم : والموصى له بالثلث إذا قاسم الورثة ، فأخذ ثلث الربع فبناه ، ثم استحق ذلك ، فللمستحق أن يعطيه قيمة بنائه - يريد قائمًا - يومئذ ، وإلا أعطاه هذا قيمة أرضه براحًا ، فإن دفع إليه المستحق قيمة بنائه قائمًا ، وكان ذلك أقل مما أنفق فيه بحوالة سوق النقض ، لم يرجع على الورثة بنقض القسم ويرجع فيقاسم الورثة ما بأيديهم من الربع ، إلا أن يفوت ببناء أو بيع ، فيرجع عليهم بقيمة الرباع يوم قبضوها ، فيقسمون تلك القيمة .

فإن فات ذلك في يد الورثة بهدم ولم يكن له غير ثلث ذلك مهدومًا مع ثلث النقض .

وإن بيع من النقض شيء فله ثلث ثمنه فقط ، ولا قيمة له عليهم ، لأن مالكًا قال فيمن ابتاع دارًا فهدمها أو احترقت في يديه ، ثم استحقت : إن المستحق مخير ، إن شاء اتبع البائع بالثمن ، أو أخذ داره مهدومة ولا تباعة له على المبتاع .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون باع من النقض شيئًا ، فعليه الثمن الذى قبض فيه.

وكذلك إن ابتاع جارية فعميت عنده ، ثم استحقت ، فلا شيء عليه ، وإنما لربها أخذها بحالها أو أخذ ثمنها من البائع .

قال أبو محمد : انظر قوله : إلا أن يفوت ما بيد الورثة ببيع ، فليرجع عليهم بقيمة الرباع ، ثم قال : إن هدم النقض وبيع فإنما يرد الثمن ، وقال قبل هذا فيمن

أصاب ببعض ما أخذ عيبًا وهو جل ما بيده فرده قائما : فإن ما أخذ أصحابه إن فات ببيع ردوا إلى القيمة ، فانظر ما الفرق بين ذلك ؟

وقال سحنون : ليست على الأصل .

م : والأصل في هذا أن يردوا الثمن في ذلك كله ، وبالله التوفيق .

تم كتاب القسم الأول بحمد الله [ق/ ١٣٨ /٩ب] .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله

كتاب الإيــلاء

قال الله تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (١) .

فالإيلاء: هو الامتناع من فعل الشيء بيمينه .

يقال : تألى فلان ألا يفعل كذا إذا حلف ألا يفعله .

ومنه قوله تعالى : ﴿وَلا يَأْتَلِ أُوْلُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ﴾ (٢) أي : لا يمتنع .

وقيل : إن الإيلاء هو اليمين ، ويدل عليه قول النابغة :

فآليت لا آتيك إن كنت مجرمًا ولا أبتغي جارًا سواك مجاورا

قال القاضي عبد الوهاب : والإيلاء الشرعي : هو الحلف بيمين يلزم بالحنث فيها حكم على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر ، كالحلف بالله أو بصفاته أو بالصدقة أو بالعتق أو بالمشي أو بالطلاق من غير المولى منها .

وأما إن ترك الوطء غير مضار بيمين لا يلزم بها حكم كاليمين بالكعبة أو بالنبي فليس بإيلاء .

ولا خلاف أن اليمين بالله وبصفات ذاته هو الذي يتعلق به الإيلاء .

وأما الحلف بغيرها فيلزم عندنا خلافًا للشافعي في أنه لا يلزمه .

دليلنا : قوله : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ فعم ، ولأنها يمين يلزمه بالحنث فيها حكم كاليمين بالله .

ومن « المدونة » : قال مالك : إذا حلف حر ألا يطأ امرأته أربعة أشهر ، أو العبد شهرين فليسا بموليين .

قال عبد الوهاب : وإنما قال : أجل العبد شهران خلافًا لأبي حنيفة والشافعي ،

---

(١) البقرة : (٢٢٦) .

(٢) النور : (٢٢) .

لأنه معنى يتعلق به حكم البينونة فوجب نقصانه فيه عن الحر للطلاق .

م : **قيل لأبى عمران** : فإن حلف أن لا يطأ أربعة أشهر ويومًا . قال : هو مول. فإن انقضت الأربعة أشهر قيل له : يطأ ، وإن قال : لا . طلقت عليه . وإن قال : أطأ ولكنه اعتذر فى ذلك اليوم تلوم له ، فإذا مضى ذلك اليوم زال عنه الإيلاء لزوال يمينه .

ابن المواز : قال مالك فى المولى نفس الإيلاء وهو الحالف فيه أن لا يطأ فالأجل فيه من يوم حلف ضربه الإمام أو لم يضربه ، فإن ضربه الإمام فلم ترفعه ثانية بعد الأجل ليوقف فلا تطلق عليه حتى توقفه ثانية ، وليس هو من ذلك فى حل الإيلاء أن تطرح ذلك عنه وتقول لا حاجة لى بإيقافه فهو حق تركته إلا أن لها أن ترجع متى شاءت فيوقف لها مكانه ، بغير أجل ليفىء أو يطلق وقال أشهب عن مالك .

فإن طال الزمان **قال أصبغ** : وتحلف ما كان تركها على التأبيد ولا رضى بإسقاط ذلك والمقام معه إلا أن ينظر وتعاود رأيها ثم يوقف مكانه بغير أجل فيفىء أو يطلق [ق/ ١/ ٧أ].

وقال أشهب عن مالك فى « العتبية» : إنه إذا جاوز الأجل ثم رفعته وقف مكانه بغير أجل فإما فاء أو طلق عليه **قال مالك** : وإذا أرادت الأمة ترك زوجها حين آلى منها فلسيدها إيقافه ، وكذلك فى « العتبية » لابن القاسم عن مالك ومن المدونة قال ابن القاسم: من حلف أن لا يغتسل من امرأته من جنابة يكون موليا لأنه لا يقدر على الجماع إلا بكفارة .

وحكى عن بعض شيوخنا : إذا حلف ليعزلن عن زوجته فليس مولياً لأن الوطء موجود وإن كان يعزل ، وعاب ذلك بعض أصحابنا قال: لأن الإنزال من حقوق الزوجة لا يجوز أن يعزل عنها إلا بإذنها ، وقد اختلف فيمن حلف أن لا يبيت مع امرأته هل يطلق عليه أم لا لأنه يأتيها نهاراً ، قال: فإذا كان قد اختلف فى هذا ، ففى العزل أولى أن تطلق عليه .

م : إنما يطلق على هذا ، وعلى الذى حلف أن لا يبيت مع زوجته لأجل الضرر عليها بذلك وليس هو بمول ولا يضرب له أجل المولى ، لأنه غير ممتنع فبان أن قول

الفقيه صواب والله أعلم .

قال مالك : وإن آلى منها بحج أو بعمرة أو بصوم أو بطلاق أو بهدى أو بعتق فهو مول ، وإن قال لها: إن وطئتك فعلى نذر أو يمين أو كفارة يمين فهو مول ، وإن حلف ألا يطأها حتى يقدم فلان أو حتى يموت فلان فهو مول .

قال مالك : وإن حلف أن لا يطأها حتى يقدم أبوه وأبوه باليمن ، أو حلف لغريم له بالله ألا يطأ امرأته حتى يوفيه حقه فهو مول وكل من حلف ألا يطأ امرأته حتى يفعل كذا فهو مول كان ذلك الشيء مما يقدر على فعله أم لا .

قال مالك : وإن قال لها إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا فهو مول إذ لها أن تقيم بلا وطء ،لأنه حالف على ترك وطئها بيمين يلزمه بالحنث فيها حكم كما لو حلف بطلاق غيرها .

ويمكن منها فإذا ابتدأ بالإيلاج نزع ووقع عليه الثلاث فلم تحل له إلا بعد زوج ، وروى أكثر الرواه أنه لا يمكن من الفيء بالوطء إذ باقى وطئه حرام .

وروى عن مالك : أن له أن يحنث نفسه بالوطء فتطلق بالبتة ، فقال ابن القاسم: وله أن يتمادى حتى ينزل ، وأحب إلى أن لا يفعل فإن فعل لم يكن عندي حرجا ، **قال أصبغ** : وذلك ما لم يخرج ذكره ثم يعاود فلا يحل له ذلك ، وقال غير ابن القاسم : إذا التقى الختانان قطع ، ورواه ابن وهب ، وقاله عبد الملك [ق/ ٢/ ٧أ] على قول ابن القاسم فى مسألة : من حلف أن لا يطأ أن له أن يحنث نفسه بالوطء ويتمادى حتى ينزل به لأنه كان رأى أنه أراد وطئ ما فى يمينه ، وأما على قول مالك الذى رأى أنه لا يمكن الفيء بالوطء إذ باقى وطئه حرام ينبغى ألا يكون موليًا بعد تمام وطئه لأنه بأول الملاقاة يكون موليًا وبقية وطئه يحنث وتلزمه الكفارة ويزول عنه الإيلاء . وكذلك اختلفوا فى مسألة الذى حلف بالظهار ألا يطأ.

فقال ابن القاسم : إن وطئ كان مظاهرًا ولم تلزمه كفارة الظهار إلا أن يطأها ثانية .

وقال ابن المواز : لا يجوز له أن يطأ لأنه يحنث بأول الملاقاة وتصير بقية وطئه

فى امرأة قد ظاهر منها .

يريد : وإذا وطئ فقد لزمته الكفارة للظهار . فهذه المسألة تجرى على هذين القولين والله أعلم .

وإن قال : والله لا أطؤك حتى أعتق فهو مول عند ابن القاسم .

وقال عبد الملك : ليس بمول .

م : وقول ابن القاسم أصح لأنه امتنع من الوطء بيمين يلزمه إن حنث فيها حكم كاليمين بالله مجردًا .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن وطئتك حتى أمس السماء فعلى كذا فهو مول إذ لها أن تقيم بلا وطء ، فإن قامت عليه قبل أجل الإيلاء لم يوقف حتى يحل أجل الإيلاء فيوقف؛ لأن فيه بعد الأجل بالوطء فلما فاء حنث نفسه وإلا طلق عليه السلطان .

قلت : فإن حلف بالله أن لا يلتقي معها سنة أيكون موليًا . قال : قال مالك : كل يمين منعت من الجماع ولا يقدر صاحبها على الجماع لمكانها فهو مول .

قال ابن شهاب : وإن حلف ألا يكلمها وهو فى ذلك يمسها فهو غير مول .

قال مالك : وإن قال لها : والله لأطلقنك فليس. بمول ولا يمتنع من الوطء ، فإن شاء طلق أو كفر ، ولا يجبر على ذلك ، ولا يحنث إلا بعد الموت .

ومن الإيلاء: وإن حلف بالله أن لا يطأ واستثنى .

فقال مالك : موليا وله الوطء بلا كفارة .

وقال غيره : لا يكون مولياً ، وإنما جعله مالك موليًا لاحتمال أن يريد بالاستثناء حل اليمين أو يريد به قوله تعالى : **﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾**[1] فوجب أن لا يسقط حق المرأة ، ويزول الإيلاء بأمر محتمل.

فإن قيل : فهو يقول : إذا كفَر المولى قبل الحنث سقط عنه الإيلاء ، ويحتمل أن يكون كفر عن يمين سلفت له فما الفرق ؟

---

(١) الكهف (٢٣، ٢٤).

قيل : يحتمل أن يكون الفرق أن الكفارة تسقط اليمين حقيقة فقوى عنده أن الاستثناء لا يحل اليمين حقيقة للاحتمال الذى قدمناه ، والله أعلم .

ومن « المدونة» : وإن حلف أن لا يطأ بعهد الله أو بميثاقه ، أو كفالته أو قدرته أو عظمته أو جلاله فهذه كلها أيمان .

م : كما حلف به من ذلك فهو به مول نفس الإيلاء، والأجل أربعة أشهر من يوم حلف للحر وشهران للعبد كانت زوجته حرة أو أمة مسلمة أو كتابية وإنما ينظر فى الأجل للرجال، لأن الطلاق على الرجال والعدة على النساء .

وإن قال لها : أشهد أن لا أقربك أو أعزم على نفسى أو أقسم فلا يكون بذلك موليا إلا أن يريد بالله.

قال مالك : وقوله أشهد ولعمرى ليستا بيمين وإن قال لها إن وطئتك [ ] لم يكن موليًا وليست هذه أيمان .

وإن حلف ليغيظنها أو ليسوءنها [ق/ ٣/ ٧أ] فترك الوطء أربعة أشهر فليس بمول.

وإن قال لها: والله لا أطؤك فلما مضت الأربعة الأشهر وقف فقال : أردت ألا أطأها بقدمى .

قيل له: فإن وطئت بان صدقك وأنت فى الكفارة إن شئت فكفر إذا وطئت وإن شئت فدع .

وكذلك إن قال : أردت أن لا أطأها فى هذه الدار . يقال له : فأخرجها وجامعها إن كنت صادقًا ثم لا كفارة عليك ولا يترك من غير أن يجامعها ، فإن بين فقال : والله لا أطؤك فى هذه سنة وهو فيه ساكن مع امرأته فليس بمول ولكن يؤمر بالخروج منها ليجامعها إذا طلبت ذلك المرأة لأنى أخاف أن يكون مضارًا إلا أن تدعه المرأة .

قال سحنون : فأما إن قال : لا أطؤك حتى أخرج من هذا البلد أو المصر فهو مول يضرب له الأجل كقوله : حتى أقضى فلانًا حقه .

قال ابن القاسم وغيره : وإن قال لها : والله لا أطؤك فى هذا المصر أو فى هذه البلدة فهو مول .

قال غيره : وكأنه قال : والله لا أطؤك حتى أخرج منها فإن كان خروجه يتكلف فيه المؤنة والكلفة فهو مول .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن وطئتك فكل مملوك أملكه فيما يستقبل حر أو قال : كل مملوك أملكه من ذى قبل فهو صدقة فليس بمول لأن مالك قال : لو حلف هذا لم يكن عليه أن يتصدق بثلث ما يفيد .

ولو قال : كل مملوك أشتريه فهو حر لم يعتق عليه ما يشترى .

قال ابن القاسم : وإن خص بلدًا لم يكن موليًا حتى يملك من تلك البلدة مالاً أو عبدًا فيكون موليًا حينئذ .

وقال غيره : هو مول قبل الملك إذ يلزمه بالوطء عقد يمين فيما يملك من رأس أو مال .

وقاله ابن القاسم أيضًا .

وإن قال : إن جامعتك فعلىَّ صوم هذا الشهر فليس بمول إلا أنه إن جامعها فيه صام بقيته وإن لم يطأها فيه حتى انسلخ فلا شيء عليه كمن حلف بعتق عبده إن جامع امرأته فباع عبده أو مات ثم جامعها لم يكن موليًا .

م : وكذلك إن قال : إن جامعتك فعلىَّ صوم هذين الشهرين أو الثلاثة أو الأربعة فليس بمول إن كان حرًا حتى يزيد على الأربعة وكأنه قال : لا أجامعك حتى تنسلخ هذه الأربعة أشهر فلا شيء عليه حتى يزيد على ذلك .

ولو قال : إن جامعتك فعلىَّ صوم شهر كان موليًا لأنه غير معين وكأنه في المعين ضرب لوطئها أجلاً فلا يكون موليًا حتى يكون الأجل أكثر من أربعة أشهر من يوم يمينه إلا أن يعين شهرًا بعد أربعة أشهر فإنه يكون موليًا كقوله وهو فى أول المحرم إن وطئتك فعلى صوم جمادى الأولى ، فكأنه قال: لا أطؤك حتى ينسلخ صفر فإن

عين شهراً بينه وبين آخره أربعة فأقل كقول هذا فعلى صوم المحرم أو ما قبله فلا إيلاء عليه .

[ق/ ٤/ ٧أ] وقال إن مضى من السنة أربعة أشهر ولم يطأ وقف فإما فاء وإما طلق عليه . وهو أحب إلى ابن القاسم وأصبغ وإلينا ، فإن فاء فهو فيما يستقبل موليا لا شك فيه فيوقف ثانية لأربعة أشهر .

وقاله أشهب : قال : فإن لم ترفعه حتى بقي من السنة الأربعة أشهر يزيد هذا ولم يطأ بعد فلا حجة لها إلا أن يكون وطئ قبل ذلك فيكون موليًا .

قال ابن القاسم : ولو قال : إلا مرتين لم يكن موليًا لأنه إن شاء تركها أربعة أشهر ثم وطئها ثم تركها أربعة أشهر ثم وطأها فلا يبقى من السنة إلا أربعة أشهر .

وقال أصبغ : هو مول .

قال محمد : غلط أصبغ ـ رحمه الله ـ ومن مجالس أصبغ هو مول لأنها يمين على كل حال ولأن الوطئين إن عجلهما بقى باقى السنة أو أكثرها لا يعود على [] ولو شاء أن يعجلهما عجلهما فهو يؤخرهما لذلك .

وإن قال : إذا وطئتك أو إن وطئتك كذا وكذا فأنت طالق البتة فذلك سواء فهو مول تطلق عليه إذا مضت أربعة أشهر من يوم حلف . وقاله أصبغ .

ومن « المدونة » قال مالك : وإن حلف ألا يطأها حتى تفطم ولدها فليس بمول لأن هذا ليس على وجه الإضرار وإنما أراد صلاح ولده وقاله على بن أبى طالب ﵁ .

ومن كتاب ابن المواز : ومن حلف ألا يطأ امرأته التى ترضع سنتين وقال : أردت تمام الرضاع فليس بمول إلا أن يموت الصبى وقد بقى من السنتين أكثر من أربعة أشهر فيلزمه من الإيلاء من يومه .

م : واعترض بعض أصحابنا قوله: « من يومه » .

وقال : إنما حمل عليه أولا أنه غير مضار فإذا مات الولد ، ولم يطأ تبين أنه

أراد الضرر فينبغى أن يكون أجله من يوم حلف .

م : أو ليس بصواب لأنه يحتمل أن يكون اليوم أراد الضرر بامتناعه إذ لا عذر له ، ويحتمل أن يكون أراده من الأول وما يكون أولا يكون لا حكم له يحمل أنه لا اليوم أراد الضرر بلا شك فيه .

ابن المواز : ولو حلف بطلاقها لأتزوجن عليك إذا استغنى ولدك عنك وذلك فى الحولين فيكف عن وطئها ولا وقت فى ذلك إلا أن ينويه .

قال محمد : لا يكف عن الوطء إلا بعد الحولين وبعد الحولين يكون موليا إن رافعته .

وفى كتاب ابن سحنون : إذا حلف بطلاقها البتة أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فليس بمول فإن مات ولدها قبل الفطام فله وطؤها ولا يحنث إن كانت نيته فى ذلك صلاح ولده ، وإن كانت نيته أن لا يمسها حولين كاملين فهو مول ويطلق عليه إذا وقفه السلطان بعد أربعة أشهر لأنه لا يقدر أن يمينه يمسها، ولا يفئ لأن أن فى يمينه بالنية وإن هى لم توقفه حتى مضت الحولين فقد خرج من نيته .

ومن « المدونة » : وإن حلف أن لا يطأها سنة فمضت السنة قبل أن توقفه فلا إيلاء عليه وإن حلف ألا يطأها ثمانية أشهر فوقف لأربعة أشهر فإن أبى أن يفىء طلقت عليه ثم ارتجع فإن انقضت عدتها وقد بقى من الأشهر الأخرى فليس برجعة وإن انقضت لأربعة أشهر قبل تمام العدة ولم يمس فرجعته ثابتة لأنه ليس هاهنا يمين تمنعه من الجماع .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : والله لا أطؤك ثم قال بعد ذلك بشهر: على حجة إن قربتك فوقف لأربعة أشهر باليمين الأولى فطلق عليه ثم ارتجع فلا إيقاف عليه باليمين الثانية إذ لو حنث بالوطء لزمته اليمينان جميعًا فكذلك التطليق عليه لليمينين جميعًا. وقاله غيره فيمن حلف بالطلاق ليفعلن هو أو غيره كذا ودخول الإيلاء عليه فى ذلك.

قال ابن القاسم : ومن حلف بالطلاق ليجلدن [ق/ ٥/ ٧أ] عبده جلدًا يجوز له فباعه قبل أن يجلده ضرب له أجل المولى إن رفعته فإن حل الأجل قبل أن يملكه بشراء أو غيره فيجلده طلقناها عليه واحدة فإن مكنه في العدة أيضا فضربه كانت له الرجعة وإن انقضت قبل أن يملكه بانت منه ثم إن نكحها عاد موليًا ووقف إلا أن يملكه فيضربه فيبر .

يريد : وإن قامت عليه فضرب أجل المولى فحل قبل أن يملكه فإنها تطلق عليه ثانية ، ثم إن نكحها ثالثة عاد موليًا وطلقت لتمام الأجل ، ثم إن نكحها بعد زوج لم يكن موليًا لزوال العصمة التى حلف بها ، ولو أراد أولاً أن يطلقها واحدة ليزيل يمينه كان ذلك له ، ثم إن ارتجعها لم يكن موليًا كما قال فيمن حلف بطلاق امرأته واحدة ليتزوجن عليها فأحب ألا يتزوج عليها فإن يطلقها واحدة ويرتجعها فتزول عنه يمينه فكذلك هذا ولا يرجع يمينه طلقة الإيلاء، لأنه لم يحنث نفسه فيما حلف عليه وإنما طلق عليه بسبب الإيلاء كما لو حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل الدار ثم حلف بطلاقها ألا يكلم زيدًا فكلمه فطلقت عليه فلا يزيل ذلك يمينه على دخول الدار إذا ارتجعها .

ومن « المدونة » : وقال ابن دينار : ساعة باعه طلقت عليه .

قال ابن دينار : ومن حلف بحرية غلامه ليضربنه فباعه قبل الضرب نقضت البيع وأعتقته عليه إذ لا أنقض صفقه مسلم إلا إلى عتق ناجز .

قال ابن القاسم : ومن دخل عليه الإيلاء لضرر أو غيره ولم يحلف على ترك الوطء مثل له يقول: إن لم أفعل أو لأفعلن كذا فأنت طالق فهو على حنث ولا يطأ فإن رفعته ضرب له الأجل من يوم ترفعه .

قال غيره : وهذا إذا تبين للسلطان ضرره بها فأما إن لم يمكنه فعل ما حلف عليه لم يحل بينه وبينها ولا يضرب له أجل ، فإذا أمكنه فعل ذلك حيل بينهما وضرب له أجل المولى إن رفعته كالحلف بالطلاق ليحجن، ولم يوقت سنة بعينها وهو فى أول السنة أو لأخرجن إلى بلد كذا، أو لا يمكنه الآن خروج لخوف طريق أو

نحوه، ولا يستطيع الحج أول السنة فهذا لا يحال بينه وبينها إذا أمكنه الخروج أو جاء وقت الحج فتركه إلى وقت إن خرج لم يدركـه منع حينئذ من الوطء وضرب له أجل المولى.

وقيل : إن رفعته .

م : **يريد** : وكذلك إن رفعته فى إبان الخـروج للذى يدرك فيه الحج فإنه يمنع من الوطء أيضًا ويضرب له أجل المولى وقاله ابن نافع بعد هذا وهو تفسير والله أعلم .

قال : فإن فعل مـا يبر به من الحج إن كان يدركه هو أو الخـروج إلى البلد قبل الأجل بر وإن حل الأجل ولم يفـعل ما أمكنه من ذلك طلق عـليه فإن ارتجـع وفعل الحج أو الخروج إلى البلد قـبل انقضاء العدة ثبـتت رجعتـه هاهنا لأنه قد بر فى يمينه وقد فاء لأن فيأه فعله [ق/ ٦/ ٧أ] .

وقال ابن نافع عن مالك : فى الحالف بالطلاق ليحجن ولم يسم العام الذى يحج فيه أن له أن يمس امرأته قبل أن يحج ما بينه وبين الحجة الأولى فإن جاء الإبان الذى يدرك فيه الحج من بلده فلا يمسها حتى يحج .

قال ابن القاسم فى « المستخرجة » : أنه لا يطأ حتى يحج ، فإن قال بينى وبين ذلك زمان فلـيحرم ويخـرج وإن رضيت أن تقـيم بلا مسـاس فليحج مـتى شاء وإن رفعت أمرهـا إلى السلطان وطلبت المسايس قيل له أحرم وإن كـان ذلك فى المحرم ، فإن أبى أن يـحرم ضرب له أجـل المولى فإن أحـرم فى ذلك طلق عليـه وإن حـل أجـل الإيلاء ولم يحرم طلق عليه .

وذكر سحنون فى كتاب ابنه هذه الرواية .

وذكر رواية ابن نافع : وقال بها ولو سـمى العام الذى يحج فيه لم يـكن موليًا لأنه لا يمنع من الوطء لأنه ضرب لفعله أجلاً فهو على بر .

ابن المواز : وكل من حلف على فـعل أو خروج إلى بلد وذلك لا يمكنه حـينئذ لم يكن على حنث حـتى يأتيه وقت تمكنه فمن يومـئذ يكون على حنث حـتى يأتيه وقت يمكنه وكذلك إن لم يكن لخـروجه وقت إلا أنه منعه فسـاد طريق أو غلاء كراء

فهو عذر وكذلك يمينه ليكلمن فلان وهو غائب فلا يوقف حتى يقدم فلان وإن طالت غيبته وإن مات في غيبته ما كان عليه شيء وإن كان حاضراً وطال مقامه بما يمكنه الفعل فلم يفعل حتى مات فلان فقد حنث والحالف على خروج لو أمكنه فمنع من الوطء لم يرجع إليه وإن جاء بعد ذلك وقت لا يمكنه لفوات ما كان أمكنه فإن وطئ جهلاً لم ينفعه ذلك ويضرب له أجل المولى إن طلبت ذلك فإذا حل طلقت عليه أو الحالف ليحجن إذا جاء إمكان الخروج للحج منع من الوطء حينئذ ثم إذا فات وقت الخروج فرفعت أمرها ضرب له أجل الإيلاء ثم طلق عليه لحلوله لأنه لا يقدر على الفيئة ورواه عبد الملك عن مالك وهو أحب ما فيه إلى .

وقال ابن القاسم : إذا أمكنه الخروج فلم يخرج حتى فاته طلق عليه .

وقال أشهب : وقال يمنع وقت إمكان الخروج فإن فاته الخروج رجع إلى الوطء حتى يجيء الوقت أيضًا .

وقال عبد الملك : لا يمنع حتى يفوته الوقت ويعلم أنه لو خرج لم يلحق فيمنع حينئذ ويكون موليًا إن رفعته وروايته عن مالك أحب إلينا .

قلت : فإن تأخر ضرب الأجل بتأخير رفعها حتى صار يمكنه الخروج ثانية . قال: يضرب له الأجل حينئذ لأنه ممن منع من الوطء مرة فإن لم يتم حجه قبل الأربعة أشهر طلق عليه والحالف إن تمادى حتى أخرج إلى الحج هو من يوم حلف مول والأجل من يوم يمينه ويطلق عليه لحلوله إن لم يخرج .

ابن القاسم : وإن حلف بالطلاق ليحجن فلانًا لم يمنع منها حتى يأتى إبان الحج فإما أحج أو طلق عليه .

ابن المواز : إذا زال وقت الخروج طلق عليه بخلاف الحالف على نفسه ليحجنه فيذهب إبانه فهذا مولى .

وقال عنه عيسى في « العتبية » : والقائل إن لم يحج فلانًا كالقائل إن لم أحج أنا ويضرب له أجل الإيلاء ، وأما إن قال : إن حج فلان أو فعل كذا فلا شيء عليه فى رواية محمد وعيسى حتى يفعل فيحنث .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم عن مالك : ومن قال لرجل: امرأتى طالق إن لم تهب لى دينارًا أو قال لامرأته النصرانية. أنت طالق إن لم تسلمى حيل بينه وبينها

ولم يدخل عليه في هذا الإيلاء ولكن يتلوم له الإمام على قدر أنه يرى أنه أراد بيمينه فإن أسلمت أو وهب له الأجنبي الدينار وإلا طلقت عليه .

ابن المواز :ولا يكون الاجتهاد في التلوم فيما زاد على أجل الإيلاء،ومن الناس من يرى أن وجه يمينه شهرًا أو أكثر من ذلك أو أقل على قدر ما يرمى أنه أراده.

ومن المدونة : وإنما يدخل الإيلاء في هذا على من حلف ليفعلن هو نفسه فعلاً يجوز له ، وأما أن يحلف على معصية كقوله: أنت طالق لأقتلن فلانا أو لأشربن الخمر فلا يتلوم في هذا يطلق عليه السلطان مكانه ويعتق عليه إن كان عتقا ، وكذلك قوله لأضربن فلانا إلا أن يجب عليه ضربه بحق ، فيدخل عليه الإيلاء.

قال ابن شهاب : إن حلف ليفعلن ما يجوز له إلى أجل لم يحل خلى بينه وبين امرأته وحمل ذلك وإن لم يجعل ليمينه أجلا ضرب له الأجل فإن فعل ما حلف عليه فبسبيل ذلك وإلا فرق بينه وبين امرأته [ق/ ٧/ ١٧أ] صاغرًا قميئًا .

قال ربيعة : وإن حلف بطلاق امرأته ليخرجن أفريقية وليتزوجن عليها أنه يوقف عن وطئها ويضرب له الأجل .

فيمن آلى من أجنبية أو صغيرة أو مطلقة أو أربع نسوة

إذا حلف بعتق عبده أن لا يطأ امرأته أو بطلاق امرأة له أخرى .

قال مالك : ومن قال لأجنبية : والله لا أطؤك وأنت على كظهر أمي ثم نكحها لزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهار إلا أن يريد بقوله : إن تزوجتك فيلزمه الظهار فإن قال لها : إن تزوجتك فأنت طالق ووالله لا أقربك فإن نكحها طلقت عليه ثم إن نكحها ثانية لزمه الإيلاء .

وإن قال لها: إن تزوجتك فوطئتك فأنت طالق كان موليًا يوم التزويج فإن وطأها طلقت عليه وسقط عنه الإيلاء ويصير إذا تزوجها كمن قال لزوجته. إن وطئتك فأنت طالق ، وقد تقدم الجواب فيها ولا يجوز لرجل أن يطأ أم جارية له قد وطأها بملك يمين .

فصل

ومن آلى من صغيرة لا يوطأ مثلها لم يؤجل حتى تبلغ حد الوطء فمن يومئذ يضرب له الأجل .

ومن طلق امرأته طلقة يملك فيها الرجعة ثم آلى منها فهو مول فإن مضت أربعة أشهر قبل انقضاء العدة وقف . فإما فاء وإلا طلق عليه .

فصل

ومن قال لنسائه الأربع : والله لا أقرب واحدة منكن ولا نية له لواحدة بعينها فيمينه على جميعهن ، وإن ماتت إحداهن أو طلقها البتة كان على إيلائه فيمن بقى فإن وطئ منهن واحدة حنث بجميعهن ويكفر ثم لا كفارة عليه فيمن وطئ من البواقى لأنه لو وطئ حنث ولزمته الكفارة بوطئها وسقطت عنه اليمين فإذا وطئ أخرى فإنه يطأ بغير يمين .

فصل

ومن قال لزوجته إن وطئتك فعبدى ميمون حر فباعه فله أن يطأها فإن اشتراه عاد موليًا ولا يحنث إلا بالوطء وهو في ملكه وإن بيع فى تفليس ثم اشتراه بعد قيل : لا يعود عليه اليمين .

وقال ابن القاسم : تعود عليه اليمين .

ومن حلف بحرية عبده ألا يكلم فلانًا ففلس فباعه عليه الإمام ثم اشتراه ثم كلمه فقال ابن القاسم : يحنث ، وقال أشهب : لا يحنث فى هذه بعينها .

قال هاهنا : فأما إن رد الغرماء أعتق فبيع لهم ثم اشتراه فلم يختلف مالك وأصحابه وأنه لا شيء عليه وإن رجع إليه العبد بميراث فلا شيء عليه .

فصل

فيمن له زوجتان إحداهما زينب والأخرى عزة . فقال : زينب طالق ثلاثًا إن وطئت عزة فطلق زينب واحدة فإن انقضت عدتها فله وطء عزة إن تزوج زينب بعد زوج أو قبل زوج عاد موليًا فى عزة فإن وطئ عزة بعد ذلك أو وطأها فى عدة زينب

من طلاق واحدة حنث ووقعت على زينب طلقتان الآن لها تمام الثلاث ، ولو طلق زينب ثلاثًا ثم نكحها بعد زوج لم يعد عليه فى عزة إيلاء لزوال طلاق ذلك الملك .

كمن حلف بعتق عبد له أن لا يطأ امرأته فمات العبد فقد سقط اليمين ولو طلق عزة ثلاثًا ثم تزوجها بعد زوج وزينب عنده عاد موليا ما بقى من طلاق زينب شيء كمن آلى أو ظاهر ثم طلق ثلاثًا ثم تزوجها بعد زوج فذلك يعود عليه أبدًا حتى يكفر أو يفيء ، يعنى ظهارًا مجردًا بلا يمين حقت بها وإن قال زينب طالق واحدة لو وطئت عزة فطلق زينب واحدة ثم وطئ عزة فى عدتها [ ] [ق/٨/ ٤٧أ] والطلاق عليه . قال الله تعالى : ﴿ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ (١).

قوله : ﴿فَإِن فَاءُوا﴾ . يريد : فإن رجعوا عما حلفوا عليه من ترك الوطء لأن الفيء فى لسان العرب هو الرجوع .

وقوله : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ يدل على أن الفراق لا يقع عليه بتمام الأجل إذ لو كان الطلاق واقعًا بحلول الأجل ما قال : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ فلم يقع الفراق بالإيلاء بتمام الأجل حتى ترفعه إلى السلطان . وقاله عمر وعثمان وابن عمر وعائشة وبضعة عشر من الصحابة وكثير من التابعين ﷺ أجمعين .

قال ابن القاسم : وإن مضت سنة للمولى ولم يوقف لم يطلق عليه فإن وقف عند الأجل فلم يف طلق عليه الإمام واحدة فإن قال: أنا أفيء لم يعجل عليه بالطلاق واختبره مرة ومرتين وإن تبين كذبه طلق عليه .

ومن حلف ألا يطأ امرأته إلا فى بلد كذا وكذا ومسافتها أقل من أربعة أشهر أو أكثر أو حتى يكلم فلانًا أو يقضيه حقه فهو مول فإن وقف بعد الأجل فقال: دعونى أخرج وإن كانت البلدة قريبة أو الرجل فى موضع قريب مثل ما يختبر بالفيئة فذلك له وإن كان بعيدا طلق عليه ولا يزاد فيما أحل الله فى الإيلاء . وقيل له : ارتجع إن أحببت وإن جامعها المولى بين فخذيها بعد ما وقفته أو قبل أن توقفه فلا

---

(١) البقرة (٢٢٦، ٢٢٧) .

يفيء إلا بالجماع فى الفرج إذا لم يكن عـذر ولا تفيء بالوطء دون الفرج ولا بالقبلة والمباشرة والفـحش إلا أن الكفارة تلزمه بالوطء دون الفرج أمـا أن يكون نوى الفرج فلا عندى كفارة كقول مالك فيمن حلف بعتق أمة إن وطأها فإنه يحلف بالوطء دون الفرج وتحمل أيمانهم على الاعتزال حتى يخص بنيته الفرج .

قـال فى كـتــاب الرجـم : وإن جـامع المولى فى الدبـر حنث وزال عنه الإيلاء ولزمتـه الكفارة . قيـل : أيسقط عنه الإيلاء وهو لم يكفـر ؟ قال : نعم . لأن هذا جماع لا شك فيه إلا أن يكون نوى الفرج فلا كفارة عليه وهو مول بحاله .

وطرحه سحنون : ولم يقبل .

قال فيمن وطأها بين الفخذين ثم كـفر زال عنه إيلاؤه ؛ لأنه لو كفر قبل أن يطأ لسقط عنه الإيلاء فكيف إذا كفر للإيلاء .

ومن كتاب الإيلاء قال مالك : وأحسن للمولى أن يكفر لليمين بالله بعد الحنث فإن كفر قبل الحنث أجزأه وزال عنه الإيلاء .

وقال أشهب : لا يزول عنه الإيلاء حتى وطئ وهو أعلم فى كفارته إذ لعله كفر عن يمين بالله حلفت عليه إلا أن تكون يمينه فى شيء بعينه فيزول .

قال ابن القـاسم وغيره : وإذا وقف المولى فعجل حنـثه زال عنه إيلاؤه مثل أن يحلف أن لا يطأ بخلاف امرأته امرأة له أخرى .

محمد : ثلاثًا أو بقية الثلاث .

قال ابن الـقاسم : أو يعتـق عبدًا له بعـينه فإن طلق المحـلوف بها ثلاثًا أو بقـية الثـلاث أو أعتق العـبد أو حنث فـيـها زال الإيلاء عنه وكـذلك إن حل الأجل وهو مريض أو مسجون أو غائب وكانت يمينه بطـلاق امرأة له أخرى أو بعتق عبد له بعينه أو بصـدقة شيء بعـينه أو بالله لم يطلق عليـه ولكن يوقف المريض أو المسجـون فى موضعه ويكتب إلى الغـائب وإن كانت بلده مسيرة شهر أو شهـرين فيوقف أيضا فى موضعه فإما عجلوا الكفارة أو إيقاع ما ذكرنا من المعينات من العتق والطلاق والصدقة وإلا طلق كل واحد التى آلى منها .

فإن قالوا: نحن نفعل اختبروا مرة وثانية فإن لم يفعلوا طلق عليهم .

قال سحنون : وهذه الرواية أصح من كل ما كان من هذا الصنف [ق/ ٩/ ٤٧أ] على غير هذا الوجه وعليه أكثر الرواة .

قال ابن القاسم : فإن أمكنهم الوطء فلم يطأوا طلق عليهم ولو كفروا فى تلك الأحوال المتقدمة ثم أمكنهم الوطء فلم يطأوا فلا إيلاء عليهم وإن كانت مما لا تكفر قبل الحنث أو بما لا ينفعهم تعجيل الحنث فيه قبل الوطء كاليمين إن وطئ بعتق عبد بغير عينه أو صدقة غير معينة أو بشيء أو طلاق فيه رجعة فيها أو فى غيرها فالفيئة لهم بالقول حتى يمكنهم الوطء فيطؤها أو يطلق عليهم، وبعض هذا من غير المدونة.

قال مالك فى كتاب الظهار : ومن حلف بعتق رقبة غير معينة بأن لا يطأها عتق قبل الوطء إرادة إسقاط الإيلاء عنه أنه يجزيه وأحب إلى أن يفعل بعد الحنث .

قال ابن المواز : قد قال هذا وقال أيضًا : لا يجزئه ذلك إلا فى رقبة معينة .

قال أبو محمد : يريد فى الأحكام وزال الإيلاء عنه ، وأما فيما بينه وبين الله فيجزئه أن يكفر عنه به قبل الحنث .

ومن الإيلاء ولا يحنث المريض إذا فاء بلسانه وإنما يحنث إذا جامع فإن أوقف المولى وهي حائض فقال : أنا أفيء أمهل حتى تطهر .

ومن غير « المدونة » : وإن قال فى الحيض : لا أفيء . فروى عن مالك أنها تطلق عليه .

محمد : ويجبر على الرجعة .

وروى عنه أيضًا أنها لا تطلق عليه حتى تطهر .

م : **وذكر عن ابن الكاتب** فى قول محمد : ويجبر على الرجعة : ما أرى هذا على قول مالك؛ لأن الجبر على الرجعة فيمن طلق فى الحيض إنما العلة فيه تطويل العدة؛ والمرأة هاهنا هى الطالبة له فى ذلك ، وأيضًا فلو كان يجبر على الرجعة ما أوقفه السلطان ؛ لأنه كيف يطلق عليه طلاقًا لا ينبغي ثم يجبر على الرجعة ، ولو كان يجبر على الرجعة عند مالك لذكره .

م : وإنما جبره محمد على الرجعة لأن الطلاق الواقع فى الحيض بسببه إذا قال: لا أفىء وكأنه قال: لا أفىء إذا طهرت فوجب إيقاع الطلاق عليه الآن إذ لا يزاد فيما أحل الله ، فلو وقع الطلاق بسببه فى الحيض بسببه فكأنه هو أوقعه فوجب جبره على الرجعة ويحتمل أن لا يخالف ذلك مالك كما لو جعل طلاقها بيد رجل فطلقها فى الحيض أنه يجبر على الرجعة والله أعلم .

قال ابن القاسم فى « المدونة » : وإن آلى صحيح ثم مرض فلم يفىء بالكفارة فطلق عليه ثم مات من مرضه ذلك ورثته .

ابن المواز : ومن تظاهر من امرأته ثم آلى منها ثم وقف الأجل فله عذر بالظهار كالعذر بالمرض ونحوه ولكن لا يقبل منه إن قال : أنا أفىء بالوطء فإن كانت يمينه يقدر أن يسقطها أو يكفرها أمر بذلك فإن فعل بقى مظاهرًا، ثم لا يدخل عليه الإيلاء حتى يتبين صدقه وذلك أن يقدر على الكفارة فلا يفعل، ولا يفىء بالمصاب، ولا ينفعه ولا يمكن منه إن فعل، لأنه ممنوع من الوطء كما لو لم يطأ ولكن تلزمه كفارة الظهار، فإن كفر زال عنه الإيلاء أى له الوطء .

ومن « العتبية » قال أصبغ : وإذا حل أجل المولى وقد فقد ، وكشف عنه الإمام وصار ممن يضرب له أجل الفقد فليأتنف له أجل المفقود ولا يطلق عليه بالإيلاء إذ لعله ميت، وأما إن جن أو طلق عليه فليوكل الإمام به من ينظر له، فإن رأى أن لا يفىء طلق عليه، وإن رأى له أن يفىء كفر عنه إن كانت يمينه تمنعه الوطء أو يعتق عنه إن كانت يمينه بعتق رقبة ولو وطأها فى حال جنونه كان ذلك فيئه ويكفر عنه وليه وإن كانت يمينه بعتق رقبة فى صحته ويخلى بينه وبين وطئها إلا أن يخاف أذاه لها ولو كانت يمينه بالطلاق أن [ق/ ١٠/ ٧أ] لا يطأها إلا ببلد كذا أو حتى يغزو ، فلوليه أن يلزمه هذه الطلقة وله أن يخرج به إلى البلد الذى حلف على الوطء به أو يغزو به ثم يرده فيطأ.

فيمن ترك وطء زوجته أو آلى وهو خصي أو الشيخ أو الشاب ثم قطع ذكره

قال مالك ـ رحمه الله : ومن ترك وطء زوجته من غير عذر ولا إيلاء لم يترك إما وطئ أو طلق وبذلك يقضي ، يريد ويتلوم له بمقدار أجل الإيلاء أو أكثر إذ لو حلف على مقدار أجل الإيلاء لم يطلق عليه فكيف إذا ترك من غير يمين .

قال مالك :وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى قوم غابوا بخراسان قد خلفوا أهليهم فكتب إلى أمرائهم إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم إليهم أو يطلقوا .

قال مالك : وذلك رأى وأرى أنه يقضى بذلك .

قال مالك : ومن تزوج امرأة بكرًا أو ثيبًا فوطأها مرة ثم حدث له من امرأته ما يمنعه الوطء وعلم أنه لم يترك ذلك وهو يقدر عليه ولا يمين عليه فلا يفرق بينه وبينها أبدًا .

فصل

فإن آلى خصى أو شيخ كبير وقد تقدم له فيها وطء أو آلى الشاب ثم قطع ذكره لم يوقفوا ولا حجة لنسائهم .

قال فى « العتبية » : ولو قطع ذكره المعترض فى الأجل فرق بينهما مكانه وليس كالمولى يقطع ذكره فى الأجل فلا حجة لهذه لأنه قد تقدم له فيها وطء .

في رجعة المولى وعودة الإيلاء عليه

قال مالك ـ رحمه الله : وإذا طلق السلطان على المولى فقد بنى فله الرجعة فى بقية العدة بالقول فإن ارتجعها بالقول فواسع أن يخلى بينه وبينها وإن لم يطأ حتى دخلت فى أول دم الحيضة الثالثة حلت ولم تكن تلك رجعة إلا لمعذور بمرض أو سجن أو سفر فإن أمكنه الوطء بعد العدة ولم يطأ فرق بينهما وأجزأتهما العدة الأولى إلا أن يكون خلا بها وأقر أنه لم يطأ فليأتنف عدة ولا رجعة له فيها .

قال مالك : وإذا طلق على المولى قبل البناء فلا رجعة له [ ] وإن طلق عليه وقد بنى ثم لم يرتجع بالوطء حتى مضت العدة تزوجها بعد ذلك فعاد الإيلاء عليه ولم يطأ فأوقفته بعد الأربعة الأشهر فلم يفئ فطلق عليه السلطان أيضًا أنه لا رجعة

له عليها؛ لأنه لم يطأها فى هذا الملك من بعد ما عقد نكاحها الثانية .

قال مالك : وإن طلق المولى للأجل وهى مستحاضة فإن تجوز ولم يطأ حتى مضت الأربعة أشهر ثانية ولم تتم العدة حتى مضت سنة فلا يوقف ثانية ، لكنه إن وطئ فى العدة فهى له رجعة ، وإن لم يطأ حتى تمت العدة لم تكن رجعة [ ] .

ابن المواز : وكذلك يمينه : لا راجعتك فهو مول فإن ارتجع وإلا طلق عليه طلقة أخرى وتبنى على عدتها .

ومن « المدونة » قال مالك : والمولى إن لم يفئ فطلق عليه بكلمة ثم نكحها كان موليًا وطلقت عليه بعد الوقوف وإن بعد ثلاث مرات فأكثر [ق/ ١١/ ٧أ] ما لم يطأ أو يكفر كالظهار يعود عليه أبدًا .

ثم نكحها بعد ذلك فإن بقى من أجل يمينه أكثر من أربعة أشهر عاد موليًا ، وإن لم يبق إلا أربعة أشهر فأدنى لم يكن موليًا .

في إيلاء العبد والكافر

وقد جعل الله تعالى حد العبد نصف حد الحر والطلاق والإيلاء من معاني الحدود ويجران إلى ما يوجبهما .

قال مالك ـ رحمه الله : وطلاق العبد طلقتان إذ لا تنقسم الطلقة الواحدة فى الفقد والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر .

قال ابن القاسم : وإذا آلى العبد ثم عتق وقد بقى من أجل إيلائه شهر ، فلزوجته إيقافه لتمام أجل العبد ولا ينتقل إلى أجل الحر كانت زوجته هى حرة أو أمة ألا ترى أن مالكًا قال فى عبد طلق زوجته تطليقة وهى حرة أو أمة ثم عتق بعد ذلك. فإنما يبقى من طلاقه فهى تطليقة واحدة .

ابن المواز : ولو كان إيلاؤه مما يؤتنف فيه ضرب الأجل بالرفع فرفعته بعد عتقه ضرب له أجل الحر .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وإذا آلى العبد من زوجته وهى أمة فرفعته بعد الشهرين فلم يفئ فطلقها عليه السلطان ثم أعتقت وهى فى عدتها لم تنتقل إلى عدة الحرائر لأن مالكًا قال فى الأمة. تعتق وهى فى العدة من طلاق يملك الزوج فيه الرجعة، أو لا أنها تبنى على عدة الأمة ولا تنتقل إلى عدة الحرائر؛ لأن العدة قد

لزمتها يوم طلقها زوجها وهى أمة فلا يلتفت إلى العتق فى ذلك .

قال ابن القاسم : وإذا آلى العبد من نسائه بعتق أو صدقة كان موليًا لأنه لو حنث ثم عتق لزمه اليمين .

وسئل مالك : عن عبد حلف بعتق جارية إن اشتراها ولم يذكر أن سيده أمره باليمين فقال مالك : لم أر له أن يشتريها وإن لم يأمره سيده باليمين ونهاه عن ذلك .

يريد : سواء أمره سيده أو لم يأمره إذا لم يأمره بالشراء لأنه يقول: أنت تختار فى شرائك إذا لم آذن لك فيه فله أن يرد الشراء وإن أذن له بالشراء في شرائها فهاهنا إن كان قد أمره باليمين وجب عتقها وإن كان لم يأمره فله رد عتقهما .

فصل

ومن « المدونة » : قال مالك : وإذا حلف الذمى بعتق أو طلاق أو بالله أو بصدقة ما يملكه أو بغير ذلك من الأيمان أن لا يقرب امرأته ثم أسلم لم يكن موليًا وسقط عنه بإسلامه هذا كله ألا ترى أن طلاقه لا يلزمه وكذلك إيلاؤه لأن الإيلاء يجر إلى الطلاق .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللعان

ما يوجب اللعان وصفته وعلى من يجب

قال سبحانه : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (١) .

قال ابن شهاب : فأمر رسول الله ﷺ الزوجين فحلفا بعد العصر عند المنبر » .

وقال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا وألحق الولد به ». وقاله عمر وابن عمر وأجمع على ذلك جملة الصحابة بالكتاب والسنة [ق/ ١٢/ ٧أ] وإجماع الأمة ، وكان ذلك لأن النسب يلحق بالفراش ولا يمكنه إقامة البينة أنه ليس منه ، ودعته الضرورة إلى نفى نسب ليس منه ولولا ذلك لم يكن له طريق إلى قطعه عنه ، ولفسدت الأنساب نفيه باللعان ولولا ذلك لم يكن له طريق إلى قطعه عنه .

واللعان موضوع لشيئين : لرفع النسب ، وسقوط الحد بالقذف عن الزوج .

ومن « المدونة » قال مالك : واللعان يجب بثلاثة أوجه ، فوجهان يجتمع عليها وذلك أن يدعى أنه رآها تزنى كالمرود فى المكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك أو ينفى حملاً يدعى قبله استبراء .

قال محمد : بحيضة فقط لأنا نعلم بها براءة الرحم .

قاله مالك وأصحابه إلا عبد الملك فقال : ثلاث حيض . ورواه عن مالك .

والوجه الثالث أن يقذفها بالزنا ولا يدعى رؤية ولا نفى حمل فأكثر الرواة يقولون أنه يحد ولا يلاعن .

---

(١) النور (٦ , ٩) .

وقاله ابن القاسم مرة . وقاله المخزومى وابن دينار وقال : إن بقى حملاً ولم يدع استبراء فله الحد ولحق به الولد .

وقال ابن القاسم : مرة أخرى إنه إن قذف أو نفى حملاً لاعن ولم يكشف عن شيء ، وقاله ابن نافع وذكر عن أبى عمران أنه قال : إذا نفى حملاً ولم يدع استبراء فلا يمكن من اللعان ولا تكون الحرة أخفض رتبة من الأمة لأن الأمة إذا نفى سيدها حملها ولم يدع استبراء لم ينف الولد بهذا .

قاله ابن القاسم فى كتاب الرجم قال مالك : من ادعى رؤية وأقر أنه وطئ بعدها حد ولحق به الولد .

م : **واختلف فى وصف الرؤية فقيل** : يجب أن يقول رأيته كالمرود فى المكحلة. وقيل : تكفى دعواه الرؤية فقط .

فوجه الأولى : أن لعانه تحصل به المعرة على المرأة ويلزمها الحد وينفى عنه الولد فغلظ فى تبيين الصفة ودعى إن كان غير محق كمن غلط فى الشهادة .

ووجه الثانية : قوله تعالى : ﴿**فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ**﴾ (١) وظاهر هذا أن هذا القدر كاف والفرق بينه وبين الشهود أن به ضرورة إلى القذف لنفى ولد ليس منه ولا ضرورة بهم إليهم .

ووجه قوله : إنه لا يلاعن إذا قذف من غير رؤية قوله تعالى : ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ**﴾ (٢) نعم . ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة فجاز تخفيفه باللعان كالمضاف إلى الزنى .

ووجه قوله : بأنه لا يلاعن ويحل الآن اللعان ليخلص به عن حد القذف فوجب أن يحتاج إلى رؤية أصله الشهادة ولأن اللعان واقع على أفعال يدعيها وذلك يتضمن الشهادة واعتذر بالشهود .

وإنما قال : إذا اعترف أنه وطئ بعد أن قال رأيتها تزنى أنه يحد ولا يلاعن لأن اللعان موضوع لرفع النسب ولا يمكن رفعه مع اعترافه بالوطء لأن الاعتراف بالوطء

(١) النور (٦) .

(٢) النور (٦) .

يوجب إثباته ويرفع ما ينفيه وهو اللعان فإذا ارتفع اللعان لم يبق إلا أنه قاذف فوجب حده وأكثر هذا التوجيه لعبد الوهاب ـ رحمه الله .

ومن « المدونة » قال مالك ـ رحمه الله : ويبدأ الزوج فى اللعان فيشهد أربع شهادات بالله يقول فى الرؤية أشهد بالله أنى لمن الصادقين لرأيتها تزنى .

قال أصبغ : كالمرود فى المكحلة . ويقول فى الخامسة إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وتقول المرأة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ما رآني أزني أربع مرات وتقول فى الخامسة: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

قال ابن القاسم : ويقول الزوج فى نفى الحمل: أشهد بالله لزنت، وتقول هى: أشهد [ق/ ١٣/ ٧أ] بالله ما زنيت .

أصبغ : وإنه لمنه .

ابن المواز : وروى عيسى عن ابن القاسم فى نفى الحمل، أشهد بالله إنى لمن الصادقين ما هذا الحمل منى ولزنت لنفى احتمال الغصب .

قال أصبغ : وإن بدل مكان. إن كنت من الكاذبين إن كنت كذبتها أجزأ، ولو قالت المرأة فى الخامسة فى قوله. إن كان من الصادقين ـ إنه لمن الكاذبين أجزأها، وكذلك لو استحلفها الإمام بذلك وأحب إلينا مثل لفظ القرآن .

وقيل : إن كان مريضًا بعث إليه الإمام عدولاً . وكذلك المريضة إن لم تقدر أن تخرج .

ابن حبيب : واللعان فى المرض كالطلاق فيه وترثه الزوجة إن مات من مرضه ذلك . وقاله مالك وأصحابه .

قال عبد الوهاب : وإنما بدأ فى اللعان بالزوج لورود النص بذلك ، وقد بدأ النبى ـ عليه السلام ـ هلال بن أمية فى اللعان فإن نكل حُد لقوله تعالى : ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً**﴾ [1] وقوله ـ عليه

---

(١) النور (٤) .

السلام ـ لهلال ابن أمية : « **البينة وإلا حد فى ظهرك** » .

فإن التعن سقط الحد عنه ، وانتقل إليها إلا أن تلتعن هى أيضًا وإنما ذلك لأن التعانه جعل بمنزلة إقامة البينة فلما كانت البينة تسقط الحد عنه وينتقل إليها فكذلك اللعان ويدل على ذلك أيضًا قوله تعالى : ﴿ **وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ** ﴾ (١) .

وهى حجتنا على أبى حنيفة فى قوله : لا حد عليها .

م : وذكر عن ابن الكاتب أنه قال : إن بدأت الزوجة باللعان فقال ابن القاسم : لا يعاود عليها اللعان بعد التعان الزوج .

وقال أشهب : يعاد . قال وهو أحسن، لأنها التعنت قبل أخذها بما يوجبه لعان الزوج من حدها أو التعانها .

وقد قال سبحانه : ﴿ **وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ** ﴾ فموضوع لعانها إنما هو ليدرأ به العذاب عنها . وقبل : التعان الزوج هو المطالب فقذفها إلى أن يلتعن فيسقط عن نفسه حد القذف وتصير هى المطالبة بما أوجبه لعانه فليس يمينها قبل لعانه مزيلا ما يوجبه لعانه بعدها .

ومن « المدونة » قال مالك: واللعان من كل زوجين كانا مملوكين أو أحدهما أو محدودين أو كتابية تحت مسلم إلا الكافرين فلا لعان بينهما .

قاله عبد الوهاب : وقاله أبو حنيفة : لا يصح إلا بين زوجين يكونان من أهل الشهادة ، وذلك أن يكونا حرين مسلمين .

وأما العبدان المحدودان فى القذف فلا يجوز عنده لعانهما ، وكذلك إن كان أحدهما من أهل الشهادة والآخر ليس من أهلها، والكلام فى هذه المسألة فى فصلين:

أحدهما : هذا .

والآخر : هل اللعان يمين أو شهادة ، فعندنا أنه يمين ، وعنده أنها شهادة .

فدليلنا على الفصل الأول : قوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ** ﴾ نعم ،

---

(١) النور (٨) .

ولأن كل زوج صح قذفه صح لعانه ، أصله الحر ، ولأن كل معنى صح أن يخرج به من القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به منه من ليس من أهلها ، أصله البينة .

ودليلنا على الفصل الثانى : قوله ﷺ لما جاءت به على النعت المكروه : « **لولا الأيمان لكان لى ولها شأن** » ولأنه بخلاف الشهادات فى كثير من شروطها ، منها : دخول النساء فيه ولا مدخل لهن فى الشهادة على الزنا ، وتكرار ألفاظه ، ولعن الملتعن نفسه إن كان ما شهد به على خلاف شهادته ، وجوازه من الفاسقين ، وإن لم يكونا من أهل الشهادة ، وكذلك الأعمى ، فدل على أنه يمين وليس بشهادة .

ومن « المدونة » : قال مالك : وأما [ق/ ١٤/ ٧أ] الأمة والكتابية فلا يلاعن الزوج فى قذفها بغير رؤية كان حرًا أو عبدًا إذ لا يحد قاذفهما ويلاعن فيهما إن أحب إذا نفى حملاً أو ادعى استبراء أو ادعى رؤية لم يمس بعدها لخوف الحمل ولو شاء أن يلاعن فى قذفها ليحق ذلك عليهما لم أمنعه .

ومن غير « المدونة » قيل : فى حر تحته أمة فابتاعها ثم ظهر بها حمل فانكره أيلاعن ؟ قال : إن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء وقد أصابها بعد الشراء فاللعان بينهما لأنه زوج وإن وضعته لستة أشهر فأكثر من بعد الشراء أو الوطء لحق به لأنه مما يشبه أن يكون من مسيس الملك ، وإن لم يمسها بعد الشراء فإن وضعته لما يشبه أن يكون من وطئه إذا كان زوجًا وذلك لخمس سنين فأدنى فاللعان بينهما والله أعلم .

ومن « المدونة » : ويلتعن المسلم فى المسجد عند الإمام دُبر الصلوات بمحضر من الناس وروى ابن وهب « أن النبى ـ عليه السلام ـ أمر الزوج والزوجة فحلفا بعد العصر عند المنبر » .

قال مالك : وتلاعن النصرانية فى كنيستها حيث تعظم وتحلف بالله وللزوج أن يحضر معها إن شاء أو يدع .

قال ابن القاسم : ولا تدخل هى معه المسجد لأنها تمنع من المسجد .

قال ابن حبيب : قال مطرف : معنى قول مالك فى المسلم تحته النصرانية فينفى حملها أنهما يتلاعنان يعنى إن طاعت ولا تجبر لأنها لو أقرت بالزنى لم تحد ، وكذلك إن قال: رأيتها تزنى فشاء اللعان خوفًا من ولد فيلتعن وترد هى فى النكول فى هذا إلى أهل دينها .

وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ .

وقال ابن الكاتب : إنما جعل لها أن تلتعن إن شاءت لأن ذلك موجب لرفع عصمته عنها وتبقى العدة التى لزمتها بالتعانه وقد يكون لعانه يوجب عليها فى دينها حكمًا فكان لها أن تلتعن لرفعه .

ومن « المدونة » قال : فلا لعان فى قذف الصبى لامرأته الكبيرة إذ لا حد عليه إن قذف أو زنى ولأنه لا يلحقه ولد إن كان ، وإذا قذف الحر امرأته الحرة فقال : رأيتها تزنى وهى لا يحمل مثلها من كبر أو صغر فإنه يلاعن إذا كانت الصغيرة قد جومعت وإن لم تبلغ الحيض وكذلك فى قذفهما إن كانتا امرأتين مسلمتين ليزيل حد قذفه وتلتعن الكبيرة ولا تلتعن الصغيره إذ لا تحد إن نكلت أو أقرت أو زنت ، ويلتعن المسلم وزوجته الكافرة ولا تحد الكافرة إن نكلت أو أقرت أو زنت . وقد قال الله تعالى : ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ...﴾ [1] والصغيرة ممن لا عذاب عليها فى إقرارها ولا فى زناها .

قال سحنون فى « كتاب ابنه » : وتبقى له زوجة إذا لاعن، لأنه نفى عن نفسه الحد ولا تلتعن هى وكذلك لو لاعن نصرانية وأبت هى أن تلتعن تبقى له زوجة إلا أن تلتعن هى فتقع الفرقة بينهما ، وكذلك فى « كتاب ابن المواز » .

ومن « المدونة » : ويلاعن الأعمى فى الحمل بدعوى الاستبراء أو فى القذف لأنه من الأزواج فيحمل ما تحمل . قال غيره : بعلم يدله على المسيس بذلك .

قلت : فالأخرس هل يلاعن بالإشارة إذا قذف أو بالكتابة ؟ قال : نعم . إن فقه ما يقال له وما يقول .

---

(١) النور (٨) .

فصل

قال مالك : وبتمام اللعان تقع الفرقة بين الزوجين وإن لم يفرق بينهما الإمام ثم لا تحل له أبدًا وإن كذب نفسه بعد تمام اللعان لم تحل له أبدًا ولكن يحد بذلك ويلحق به الولد .

قال مالك : وتلك السنة عندنا لا شك فيها .

قال عبد الوهاب : وقد قال النبي ـ عليه السلام ـ للزوجين بعد تمام اللعان : «حسابكما على الله أحدكما كاذب ، لا سبيل لك عليها » [ق/ ١٥/ ٧أ] .

ومن « **المدونة** » **قال ابن القاسم** : إلا أن يكذب نفسه وقد بقى من لعان الزوجة واحدة أو اثنتان يحد وتبقى له زوجة ، ولو لاعن من نفى حملا ثم انفش لم تحل له أبدًا إذ لعلها أسقطته وكتمته .

قال عبد الوهاب : وينتفى النسب بالتعان الزوج وحده[ ] ولا يفتقر إلى التعان المرأة ؛ لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإثبات النسب وإسقاط الحد عنها، ولا يجوز أن يثبت الشىء بما ينفيه .

قال ابن القصار : والمتلاعنان يفرق بينهما وبه قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة : هى طلقة بائنة . وقيل : إن أكذب نفسه جاز أن يتزوجها .

وفى « **كتاب ابن الجلاب** » : إن الملاعنة قبل البناء لا صداق لها .

فكذلك لم يجعل لها نصف الصداق .

ولمالك فى « الموطأ » أن لها نصف الصداق وهو مذهب « المدونة » .

قاله ابن الجلاب : فيمن اشترى زوجته قبل البناء أن لها نصف الصداق وهذا خلاف قول مالك وأصحابه فى المسألتين فاعلم ذلك .

وذكر عن أبى عمران قال فى أهل الكتاب : إذا تراضوا أن يحكم بينهم فى اللعان بحكم الإسلام فنكلت المرأة عن اللعان فعلى قول عيسى ترجم وعلى قول البغداديين لا ترجم لأن أنكحتهم فاسدة ولأنه يجب على من نكل منهم الحد كالملاعنين قبل البناء .

فى نفي الحمل
بعد رؤيته بمدة والإقرار به وما يلزم في ذلك

قال مالك : وكل مقيم مع زوجته ببلد يرى حملها ولم يقذفها حتى وصفته فليس له أن ينفى منه بعد ذلك كانت امرأته فى ذلك أمة أو كتابية فإن انتفى منه حين ولدته وقد رآها حاملاً فلم ينتف عنه جلد المرأة زوجته المسلمة لأنه صار لها زوجًا وإن كانت كتابية أو أمة لم يحد إذ لا يحد قاذفها .

قال ابن القاسم : وإذا ظهر الحمل وعلم به ولم يدعه ولا انتفى منها شهرًا ثم انتفى منه بعد ذلك لم يقبل قوله وضرب الحد إن كانت زوجته حرة مسلمة وإن كانت كتابية أو أمة لم يحد ويلحق به الولد ويجعل سكوته هاهنا إقرارًا منه بالحمل .

قلت : فلو رآه يومًا أو يومين ثم سكت ثم انتفى منه بعد ذلك . قال : إذا أثبتت البينة أنه قد رآه فلم ينكر أو أقر به ثم أنكره بعد ذلك لم يكن له ذلك .

وأما إن قدم من سفره فله أن يلتعن من الحمل وإن كان ظاهرًا .

فصل

قال مالك : ومن قال: رأيت امرأتى اليوم تزنى ولم أجامعها بعد ذلك وقد وطئتها قبل الرؤية فى اليوم أو قبله ولم يستبرئ فإنه يلاعن ولا يلزمه ما أتت به من ولد إلا أن يطأها بعد الرؤية فلا يلاعن .

قال مالك : وإذا لاعن كما ذكرنا نفى بذلك الولد قال : لا أدرى هل هو منى أم لا ، إلا أنى كنت أطأ ولم أستبرئ فالولد إذا لاعن ينفى . وقد اختلف فى قول مالك: فمرة ألزمه الولد ومرة لم يلزمه الولد ومرة قال بنفيه وإن كانت حاملاً .

م : فوجه قوله : إذا ظهر حمل بها والتعانه بالرؤية فإنه لا يلحق به لأن أصل اللعان لنفى النسب ودفع الحد عنه فإذا كان كذلك فقد سقط الحد عنه ويضمن ذلك نفى حمل [ ] ووجه القول بأنه [ق/١٦/٧أ] يلحق به لأنه أصابها فى الماضى كان لإسقاطه الحد لأنه لم يكن هناك حمل يعلم به فيقصد نفيه فإذا ظهر حمل احتاج فى نفيه إلى التعانه فإنه التعن على الشرط الذى يجتمعن به فى رفع النسب سقط عنه وإلا لحق به .

ووجه قول نفيه منه إن كان قصد نفيه بالتعانه : إذا كان ظاهرًا والتعن ولم يلحق يبعه .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : وأحب ما فيه إلى أنه إن كان بها يوم الرؤية حمل ظاهر لا شك فيه أو وضعتـه لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية إن الولد يلزمه ويلحق به إذا التعن على الرؤية .

م : لأنه قد يلحق بهـا الولد ليس لهذه الرؤية وهو إنما التعن لها خـاصة فوجب أن يلحق الولد به .

ابن المواز : وقال أشهب وعبد الملك وابن عبد الحكم : لا ينفيه إلا بلعان يدعى قبله استبراء ولا ينفي ولد برؤية .

قال ابن المواز : ولو ادعى مع الرؤية استبراء كان منفيا لا شك فيه .

يريد : لأنه إذا ادعى الاستبراء على براءة الرحم من مائه .

وقيل : ينفيه باللعان .

ووجه قوله : « ينفيه وإن لم يدع استبراء » فلأن دعواه الاستبراء لا يعلم حقيقته لأنه من جهتـه فوجب أن يقبل قوله فى هذا إذ لو شاء قال: كنـت استبرأت والأول أبين.

ومن « المدونة » : قـال المخزومى : إن أقـر بالحـمل وادعى الرؤية لاعن ، فـإن وضعتـه لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فـالولد منه ، وإن كان لستة أشهر فـأكثر فهو اللعان ، وإن ادعى بعد ذلك لحق به وحد من قول المخزومى ، والله أعلم .

إن أقـر بالحمل وادعى الرؤية ، أى أقـر أنهـا حملت بهـذا الولد وأنه وإن وطئ ولكن رأيتها تزنى منذ مـدة كذا فاعتبـرنا ميلاده بغير الرؤية قـبل ذلك لأقل من ستة أشهر فيعلم أنه ليس لتلك الرؤية ، وإن ولدته لستـة أشهر فأكثر جاز أن يكون لتلك الرؤية وقد التعن لها ، وإذا ادعى أن هذا الولد لها فهو كما لو التعن عليه .

ومن « المدونة »: قال ابـن القاسم : ويلاعن فى الرؤية من لا يدعى استـبراء فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لحق به الولد ولا ينفعه أن ينفيه ولا يحد، ولو قال بعـد الوضع لأقل من ستة أشهـر كنت استبرأت وبعده كـان للعان الأول لا للولد.

وإن ادعى مع الرؤية استبراء فقيل : قوله فى ذلك كما لو ادعاه من يوم الرؤية.

وقال عبد الملك وأصبغ : لا ينفي إلا بلعان ثان لأن اللعان الأول إنما كان للرؤية خاصة .

ومن « المدونة » : قال ابن القاسم : إذا نفاه وكذب نفسه فى الاستبراء لحق به وحد لها إذا كان ادعاؤه نفيًا فصار قاذفًا .

ابن المواز : لا يحد إذا نفى بلعان الرؤية .

يريد محمد : أن لعان الرؤية الذى رفع به الحد من نفيه بأنه لم يرجع عنه ولا كذب نفسه فيه وإنما كذب نفسه فى الاستبراء فلذلك لم يحد عنده ؛ لأنه لا يحد لها من رجع عما رفع به الملاعن وهو الصواب .

ومن « المدونة » قال ابن القاسم : وإذا ولدت المرأة ولدين فى بطن أو وضعت ولداً ثم وضعت آخر بعده بخمسة أشهر فهو حمل واحد فإذا أقر الزوج بأحدهما ونفى الآخر حد ولحقا به جميعًا ، ولو وضعت الثانى لستة أشهر فأكثر فهما بطنان فإن أقر بالأول ونفى الثانى وقال : لم أطأها بعد ولادة الأول لاعن ونفى الثانى إذ هما بطنان .

وإن قال : لم أجامعها من بعد ما ولدت الأول وهذا الثانى ولدى ، فإنه يلزمه لأن [ق/ ١٧/ ٧أ] الولد للفراش ويسئل النساء ، فإن قلن : إن الحمل يتأخر هكذا ، لم يحد وكان بطنًا واحداً . وإن قلن : لا يتأخر ، حُد ولحق به بخلاف الذى يتزوج امرأة فلم يبن بها حتى أتت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها فإذا أقر به الزوج وقال: لم أطأها منذ تزوجتها هذا يحد ويلحق به الولد . قاله ابن شهاب .

ابن المواز : وكأنه قال : حملت من غيرى ثم كذب نفسه باستلحاقه .

يريد : ولا يسأل فى هذا النساء .

ومن « المدونة » : ومن قدم من سفره فولدت امرأته ولدًا فنفاه والتعن ثم ولدت آخر بعد شهر كان منفيًا باللعان الأول وهذا اللعان الأول ينفى كل ولد لهذا الحمل فإن ادعى الولد الثانى حد ولحقا به جميعًا.

ومن ولدت امرأته ولدًا ميتًا أو مات بعد الولادة ولم يعلم به الزوج أو كان غائبًا فلما قدم انتفى منه فإنه يلاعن لأنه قاذف .

جامع مسائل مختلفة من اللعان

قال ابن القاسم : ومن زنت زوجته فحدت ثم قال : رأيتها تزنى ولم يقذفها بالزنا الذى حدت له التعن فإن كذب نفسه نكل ولم يحد لأنه إنما قذف زانية .

ومن قذف امرأته وقد كانت اغتصبت التعن .

قال غيره : إن قذفها برؤية غير الغصب تلاعنا جميعًا وإن لم يقذفها وإنما غصبت فاستمرت حاملاً فنفى الولد لم ينف الولد إلا بلعان ولا تلتعن هى إذ تقول: إن لم يكن منك كان من الغاصب .

قال ابن المواز : هذا إن عرف الغصب بأن ترى متعلقة به تدمى أو غاب عليها فأما إن لم يعرف ذلك إلا بدعواها فلابد لها من اللعان وإلا رجمت .

قال مالك فى « المختصر » : وتقول : أشهد بالله ما زنيت ولقد غلبت على نفسى .

قال ابن المواز : وتقول فى الخامسة : إن غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين. قال : ولا يسقط الحد عن المغتصبة بتقاررها مع الزوج بالغصب وإن بان الحمل إلا أن يعرف الغصب كما ذكرنا .

قال : ومن أنكر حمل امرأته قبل البناء ثم مات فهو لاحق . وقاله أشهب . قال : لها جميع الصداق فاللعان عليها ولها الميراث .

قال ابن القاسم : وإذا طلق قبل البناء وتقاررا أنه لم يمس ثم مات ثم ظهر بها حمل فقالت : هو منه فإنه لاحق به ووارث له ولا ترثه هى ولا يتم لها صداقها .

قال محمد : الصواب أن يتم لها لحوق الولد ولو مات قبل انقضاء العدة وورثته إذا كان الطلاق واحدة ولا حد عليها ولو ظهر فى حياته فاستلحقه لحق به، ولم يحد فيصير لها الصداق وله الرجعة وإن تمادى على إنكاره لاعن وزال عنه وإن نكل لحق به، وإذا لاعن وزال عنه لم تكن له رجعة ولا تزاد على نصف الصداق .

قال ابن المواز : وتحد هي إن لم تلاعن .

ابن المواز : ومن تزوج امرأة فى العدة قبل حيضة فأتت بولد فهو للأول إلا أن

ينفيه بلعان فإن التعن هو ولم تلتعن هى وكان بالثانى لاحقًا إن ولدت لستة أشهر فأكثر من يوم دخل بها الثانى إلا أن ينفيه فإن نفاه بلعان التعنت هى فإن نكلت حدت ولو التعنت ثم استلحقه الأول لحق به ولم يحد إذ لم ينفه إلى زنى .

وقال أصبغ فى « المدونة » : من استلحقه منهما [ق/ ١٨/ ٧أ] لحق به وحد .

قال ابن المواز : ولو كان الثانى يستلحقه دون الأول لحق به وحد لأنه كان نفيه له إلى غير أب ومن استلحقه منهما أولاً لحق به ولا دعوى للثانى ولو ادعاه الأول بعد لعانه وقبل لعان الثانى لم يقبل منه لأنه ابن للثانى حتى ينفيه ولو استلحقاه بعد التعانهما كان الأول أحق به وتحرم على الثانى للأبد التعن أو لم يلتعن لأنه ناكح فى عدة .

قال سحنون : ولا تحرم على الأول وإن التعن لأنها لم تلاعنه كالتى تغتصب فينفى الزوج حملها أنه يلاعن ولا تحرم عليه .

وقال أصبغ : إذا تلاعنا جميعًا حرمتا على الأول والثانى .

م : وقول سحنون أصوب .

قال أصبغ فى « المستخرجة » : ولو كان إنما تزوجها بعد حيضة بولد لستة أشهر فأكثر فهو للأخر إلا أن ينفيه بلعان فإن التعن لم تلتعن هى وكان بالأول لاحقًا إلا أن ينفيه بلعان وتلتعن هى فإن نكلت حدت وقد تقدمت صدر هذه المسألة فى كتاب العدة وهذا تمامها.

ومن « المدونة » : قال مالك : ومن نكل من المتلاعنين عن اللعان حد مكانه حد القذف على الزوج والرجم على الزوجة ، إن كانت ثيبًا فلا تؤخر إلا فى الحمل وإن كانت بكرًا فمائة جلدة .

قال ابن القاسم : وإذا أقامت المرأة بينة بأن الزوج قذفها وهو منكر حد إلا أن يدعى رؤية فيلتعن ويقبل منه بعد جحوده .

قال فى « كتاب ابن المواز » : بخلاف الحقوق ويقول : أردت الستر بإنكارى .

وقال غيره فى « المدونة » : لا يقبل منه رجوعه لأنه أكذب نفسه ويحد .

واختلف إذا لاعن الزوج وأبت المرأة اللعان ثم رجعت فقالت تلاعن .

فقال أبو بكر بن عبد الرحمن : لها ذلك كالتي تقر بالزنا على نفسها ثم ترجع أن لها ذلك فلا فرق بينهما .

م : لأن نكولها تصديق للزوج أنها زنت فهو كإقرارها بالزنا فكما كان لها الرجوع فى الإقرار المحض فكذلك لها الرجوع فى هذا ، وكالمرأة تقيم على زوجها بينة تقذفه إياها وهو ينكر فيجب حده . فكما كان له أن يحق عليها بالزنا وتلتعن فكذلك هذه لها الرجوع إلى اللعان لأنهما فى الوجهين يرفعان بذلك حدًا وجب عليهما فهو بخلاف الحقوق ، وإن كان قد اختلف فى رجوع الزوج فكذلك حجة الاختلاف فى هذه المسألة.

وسئل عنه أبو عمران فقال : قد جرت هذه المسألة قديما ، واختلفنا فيها ، فقال فيها ابن خلدون وغيره : إن لها الرجوع بمنزلة المقرة بالزنا ترجع عن إقرارها .

قال : وكتب أبو القاسم بن الكاتب فيها بذلك وبعثه إلى فوافقته عليه وهو خلاف قول غيرنا وذلك أن الرجم يجب عليها بعد نكولها وإن رجعت لأن الزوج لما أحدث ذلك عليها بشهادة أربع شهادات صارت تلك الشهادات كالشهداء الأربعة الذين حضروا الزنا فعليها أن تأتى بما يقابل ذلك وتكافئ شهادته فإذا نكلت لم تكافئ شهادتها شهادته لنكوله .

م :وقد ألف أبو القاسم ابن الكاتب وأطال فيها الاحتجاج وكثر فتركته لطوله والقولان محتملان لما قدمنا . وبالله التوفيق .

ومن قذف زوجته ثم بانت منه وتزوجت ثم أقامت بالقذف فإنهما يتلاعنان ، ومن أبى منهما اللعان حد .

فصل

وإذا تصادق الزوجان على نفى الولد نفى بلا لعان وحدت الزوجة إن كان لها معه قبل ذلك بسنين .

وقاله مالك والليث وقال أكثر الرواة : لا ينتفى إلا بلعان وإن تصادقا على نفيه.

ورواه أيضًا عن مالك ، يعنون إنما [ق/ ١٩/ ٧أ] يلتعن الزوج ولا تلتعن الزوجة لأنها مقرة بالزنى وإنما تلاعن المرأة لتدفع عن نفسها حد الزنا ، لا لنفي الولد إذ لا يصح نفى ما ولدته بخلاف الزوج .

ابن المواز : قال ابن القاسم : إن ثبتت على قولهـا حتى تحد ، ثم لا يقبل منها إن رجعت ، ولو رجعت قبل أن تحد عاد اللعان بينهما ، فإن نكل الزوج لحق به ولا يحد : لأنها مقرة .

فصل

ومن « المدونة » : ومن قال فى زوجته : وجـدتها مع رجل فى لحاف أو تجردت له أو ضاجعته لم يلتـعن إلا أن يدعى رؤية الفرج فى الفرج فإن لم تكن له بينة على ما ذكر فعليه الأدب ولا يُحد .

وقال ابن المواز : وهذا تعريض لو قال لأجنبيه يُحد وقد قيل : يُحد ولا يلاعن . وقيل : يؤدب ولا يلاعن ، ولو رجع إذا قامت عليه فـقال : بل رأيتها تزنى كان له أن يلاعن قاله لى عبد الله بن عبد الحكم .

فصل

ومن « المدونة » : قال مـالك : وعلى قاذف ابن الملاعنة أو قاذف وأمـه الحد ، وقاله على ابن أبى طالب وابن عمر وغيرهما .

ابن المواز : قال ابن القـاسم : ولو قذفهـا أحد بعد لعان الزوج وحـده لأخرته حتى تلتعن هى أو تنكل فإن التعنت حد لهـا وإن نكلت لم يحد ، وكذلك لو قذفها أحد بعد موتها وبعد لعان الزوج فحـده لم يُحد لأنه قد ثبت عليها بلعان الزوج حد الزنا حتى تخرج منه بالتعانها ، وقاله عبد الملك .

وقال أشهب : من قذفها بعد لعان الزوج وحده عوجل بالحد .

وقول ابن القاسم وعبد الملك أحب إلى وأما لو قـذفها أحد قبل تمام لعان الزوج لحد ولم يؤخر وإن تأخر حتى التعن الزوج فلا يسقط عنه الحد إذا التعنت .

ومن « المدونة » : وإن قـال رجل لابن الملاعنة ليس أبوك فـلانًا فإن كـان على وجه المشاتمة حد له .

قال ربيعة : ومن لاعن زوجته ثم قذفها بعد تمام اللعان حد لها .

ومن « كـتـاب ابن المواز » : وإذا لاعنهـا ثم قال : والله مـا كـذبت عليهـا أو قذفتها.

قال محمد : لا يحد لأنه إنما يلتعن لقذفه إياها .

سحنون : فالذى قذف امرأته برجل معين يضرب لذلك الرجل الحد سقط عنه اللعان لأنه لما حد لرجل سقط عنه حده لزوجته كمن قذف رجلين فحد لأحدهما فلما سقط عنه الحد لهما لم يجب عليه لعانها إذ لا يرفع به حد لوجب عليه لها وكما لو طلب باللعان لها فنكل فحد لها لسقط عنه الحد للرجل .

فصل

قال ابن القاسم : ومن قامت عليه بينة أنه أقر بولد لاعن منه وهو منكر لحق به وحد .

ومن نفى ولدًا بلعان ، ثم زنت المرأة بعد ذلك ، ثم أقر بالولد لحق به ولا يحد، إذ صارت زانية ، ومن نفى ولدًا بلعان ثم ادعاه بعد أن مات الولد عن مال، فإن كان الولد ولده ضرب الحد ولحق به .

قال ابن القاسم : فإن لم يترك ولدًا لم يقبل منه ؛ لأنه يتهم فى ميراثه ولا يحد ولا يرثه .

فصل

قال مالك : ومن أنكر لون ولده لزمه ولم يلاعن وذلك عرق نزعه .

وروى ابن وهب أن أعرابيًا أتى النبى ﷺ فقال : إن امرأتى ولدت غلامًا أسود وإنى أنكرته . فقال له ﷺ : « **هل لك من إبل ؟** » قال: نعم . قال : [ق/ ٢٠/ ٧أ] ما ألوانها قال : هى حمر . قال : « **هل فيها من أورق** » ؟ قال : إن فيها أورقًا . قال : « **فأنى ترى ذلك جاءها** » فقال : يا رسول الله عرق نزعها ، قال : « **فلعل هذا عرق نزعه** » ولم يرخص له فى الانتفاء منه .

فصل

ومن قال : رأيت فلانًا يزنى بامرأتى لاعن وحد لفلان .

فصل

ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا ميتًا فانتفى منه الزوج والتعن فإن الميراث للأم ولم يرث الجنين معها وهذا مثل ابن الملاعنة إذا مات عن مال ورثته أمه وعصبته .

وإذا ماتت المرأة بعد التعان الزوج أو بعد أن نفى من لعانها مرة واحدة ورثها الزوج.

قال مالك : وإذا مات الزوج بعد التعان قيل للمرأة : التعنى فإن أبت ورثته ورجمت وإن التعنت لم ترثه .

ابن وهب قال مالك : وإن ماتت بعد تمام لعانه وقبل لعانها ورثها إذ لعلها كانت تصدقه .

سحنون قال مالك : وإذا وجب اللعان فماتت قبل لعان الزوج فلا لعان عليه .

ابن المواز : قال مالك : وإذا مات الزوج قبل تمام لعانه فلا لعان عليها ولا عذاب وترثه وإن أتم لعانه ثم مات ولم تلتعن هى ثم ماتت هى ورثته أيضًا وإن لم تمت قيل لها التعنى فإن التعنت فلا ميراث لها ولا عدة عليها للوفاة وإن نكلت ورثته ورجمت.

وروى البرقى عن أشهب : أنها ترثه وإن التعنت لأنها الآن بانت منه .

ابن المواز : **قال ابن القاسم** : وإذا التعنت قبله ثم ماتت هى فذلك مما لم يكن ينبغي فأما إذا كان فإنه يقال للزوج: التعن ثم لا ميراث لك ولا حد عليك فإن نكل ورثها وعليه الحد .

قال ابن القاسم : ولو لم تمت لم أعد اللعان عليها .

وقال أشهب : بل يعاد اللعان عليها بعد لعان الزوج وكذلك فى الحقوق إذا بدأ الطالب باليمين .

وذكر ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إذا التعن ثم مات قبل لعانها . مثل ما ذكر ابن المواز وغيره .

قال : وقال ربيعة : ترثه التعنت أو لم تلتعن .

قال: وهذا تأخذ ألا لو إذا رجع قبل لعانها لبقيت له زوجة وحد أو لا ترى لو ماتت قبل لعانها لورثها عند مالك .

ومن كتاب «ابن المواز»: ولا لعان بعد طلاق بائن لأنه نفى حمل، ولو قال في المعتدة من طلاق بائن: رأيتها تزني فأراد أن ينفي ما ينفي من حمل فهذا يلاعن، وإن لم يدعِ فيه استبراءها ولم يذكر رؤية ونفى الحمل، فإن ادعى الاستبراء هاهنا لاعن ثم تلتعن هي فإن نكلت رجمت.

وقال ابن سحنون عن أبيه: الذي يطلق امرأته في البتة ثم قال في العدة: رأيتها تزني، فقال ابن القاسم ـ وروى مثله ابن وهب: إنه يلتعن، وإن مات هو بعد التعانه، قيل لها: التعني.

قال ابن القاسم: وعدتها ثلاث حيضات ولا تتنقل .

وقال المغيرة: لا تُحدّ ولا تلاعن وغيره لا يميل إلى هذا .

وقال ابن المواز: إذا قذفها في العدة حدّ ولم يلاعن .

وذكر عن ابن الكاتب أنه قال: إذا لاعن ثم قال : ما كنت إلا صادقًا لم يُحدّ.

والقاذف إذا قال بعد ما حدّ: ما كنت إلا صادقًا، فإنه يحد.

والفرق: أن المتلاعنين أحدهما صادق فلم يحد إذ لعله كان صادقًا.

والقاذف إذا حُدّ تكذيبًا له فإذا قال: كنت صادقًا فهو كالقذف المبتدأ فوجب حدّه

من **«المدونة»**: وإن شهد على امرأة بالزنى أربعة أحدهم زوجها لاعن الزوج وحدّ الثلاثة وقاله ابن عباس وأبو الزناد وابن شهاب وابن قُسَيْط وعبد الرحمن بن القاسم ابن محمد.

ابن المواز [ق/ ٢١/ ٧أ] **قال مالك**: فإن رجمها الإمام ثم علم بذلك لم يحدّ الثلاثة ويلاعن الزوج فإن نكل حدّ ويرثها إلا أن يعلم أنه تعمَّد الزور ليقتلها أو يقر بذلك فلا يرثها وإن قال: شهدت بالحق [ ] ولا دية عليه ولا على الثلاثة ولا حدّ ولا دية على الإمام لأنه مختلف فيه فليس هو بخطإ صريح كشهادة العبد والنصراني.

وقال أصبغ: إلا في الميراث فقال: لا يرثها لأنه التعن وليس بشاهد فلا يخرج من تهمته كالعامد لقتل وارثه .

قال محمد بن أبي زمنين : وإذا شهد على المرأة بالزنا أربعة أحدهم زوجها وعلم بذلك فإنه يقال للزوج: التعن فإن التعن قيل للزوجة: التعني فإن التعنت حدّ الشهود الثلاثة وإن نكلت عن اللعان وجب عليها الحدّ وسقط الحدّ عن الثلاثة لأنه قد حق

عليها ما شهدوا به وهكذا فسرها بن الماجشون.

ومن «المدونة» قال مالك: ومن قذف زوجته أو أجنبية فلم ترافعه إلى السلطان فلا شيء عليه.

قال مالك: ومن لم تعلم له بزوجته خلوة حتى أتت بولد فأنكره وأنكر المسيس وادعت هي أنه منه وأنه غشيها وأمكن قولها وأتت به لستة أشهر فأكثر من يوم العقد وقد طلق أو لم يطلق لزمه إلا أن ينفيه للعان فلا يلزمه ولا يكون لها إذا لاعن إلا نصف الصداق ولا سكنى لها ولا متعة، وإن نكل حدّ يعني ويلحق به الولد ويعزم الصداق.

ابن المواز قال ابن القاسم وابن وهب: وإن قال الزوج عقدت منذ خمسة أشهر وقالت هي منذ أكثر من ستة أشهر وجاء حمل فلابدّ من اللعان .

ومن «المدونة» قال مالك: وللملاعنة السكنى.

قال ابن القاسم: لأنها في عدة من الزوج ولا تنكح حتى تنقضي عدتها.

قال مالك: ولا متعة للملاعنة على حال كانت مدخولاً بها أم لا سمى لها صداقًا أم لا.

قال ابن القاسم: لأن الفراق لم يكن من فعل الزوج وإنما جاء من قبلها حين أنكرت.

قال : وقال ابن الكاتب : إنما منعت الملاعنة من المتعة لأن اللعان ليس بطلاق والمتعة إنما تكون للمطلقات كذا قيل فيها .

قال: ومن قذف زوجته وانتفى من حملها وهي حائض أو في دم نفاسها فلا يتلاعنان حتى تطهر.

قال أبو محمد: يلاعن الزوج ويتلوم بها حتى تطهر.

قال ابن القاسم: وكذلك إن حلّ أجل التلوم في المعسر بالنفقة أو الجنبية أو غيره والمرأة حائض فلا تطلق عليه حتى تطهر إلا المولى فإن مالكًا قال قيدًا: إذا حل أجله فأوقفه السلطان وزوجته حائض فلم يف طلق عليه.

وقال أشهب عن مالك: لا تطلق عليه حتى تطهر وقد تقدم هذا.

كمل كتاب اللعان والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاستبراء

في استبراء الأمة في البيع وغيره

روى أن النبي ﷺ قال يوم سبي أوطاس: **«ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض»** (١) وقال عليه السلام: **«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره»**(٢) فوجب أن كل من انتقل إلى ملكه ملك أمة كانت في جورة غيره بأي وجه ملكها أن يستبرئها بحيضه إن كانت ممن تحيض ملكها ببيع أو إرث أو هبة أو صدقة أو وصية أو من تعلم أو بغير ذلك.

قال ابن وهب [ق/ ٢٢/ ٧أ] وقال عمر وابن مسعود وفضالة ابن عبيد وكثير من التابعين: «من اشترى أمة فلا يقربها حتى يستبرئها بحيضة».

قال ربيعة وابن شهاب: هي العذراء.

قال أبو بكر الأبهري: الاستبراء يجب بأربعة أوصاف بالملك لا بالتزويج. قال: وأن لا يعلم براءة الرحم يريد: مثل ألا يشتري مودعة عنده لا تخرج. قال: وأن يكون له الوطء مباحًا في المستقبل. يريد: مثل أن لا يشتري ذات الزوج. قال: وأن لا يكون له الفرج حلالاً قبل الملك. يريد: مثل أن لا يشتري زوجته. قال: فمتى سقط أحد هذه الأوصاف لم يكن يؤمن الاستبراء.

قال عبد الوهاب: وإنما كفتها حيضة واحدة لقوله ﷺ: **«حتى تحيض»** ولأنها تدل على براءة الرحم في الغالب ولا يتعلق بها عبادة كالعدة.

ومن «المدونة» قال مالك في آخر الكتاب: وأحب ما سمعت إلي في التي لم تحض من صغر ومثلها يوطأ أو اليائسة من الحيض إذا بيعت أن تستبرئ بثلاثة أشهر إذ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) وأحمد (١١٢٤٤) والدارمي (٢٢٩٥) والحاكم (٢٧٩٠) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٧٢).
من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
قال الألباني: صحيح.

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٨٥٠) والبزار (٢٣١٤) وابن أبي شيبة (٤/ ٢٨) والبيهقي في «الكبرى» (١٧٧٩٠) من حديث رويفع بن ثابت الأنصاري ـ رضي الله عنه ـ.

لا يبرأ رحم في أقل من ذلك وعلى هذا أمْرُ الناس.

قال ابن وهب. وقاله عمر بن الخطاب وغيره: لأن أقل ما تبين فيه أمارات الحمل في ثلاثة أشهر.

ومن «الواضحة» قال مالك: وتستبرئ الصغرى إذا بلغت أن توطأ وإن أمن منها الحمل.

قال ابن حبيب: وهذا شديد.

وقد روى عن كثير من السلف: أنها إنما تستبرئ إذا قاربت البلوغ وخشى الحمل على مثلها لأنها قد تحمل قبل المحيض إذا قاربته فأمّا إن لم تقاربه ولا يحمل مثلها فلا تستبرئ.

وروى ذلك عن عمر وعلي وكثير من التابعين من الفقهاء : وإذا قاربت الحيضة مع مبلغ استبرائها اختلاف فقال سليمان بن يسار وعمرو بن عبد العزيز وجماعة من الفقهاء ومالك وأصحابه: بثلاثة أشهر وروى عن عمر وعلي وابن المسيب وغيرهم شهر ونصف.

وقال بعض العلماء: شهر.

وقال بعضهم: شهران. **سمعت ابن الماجشون يقوله ولا أعلم من قاله بتسمية.**

ومن «المدونة» قال مالك: ومن اشترى أمة مستحاضة نعلم بذلك فاستبرأها ثلاثة أشهر إلا أن لا يبرئها ذلك وتشك فيرفع بها إلى تسعة أشهر، والتي رفعتها حيضتها بمنزلتها لأن التسعة أشهر هي الغالبة من مدة الحمل فالبراءة بها في الغالب.

قال ابن القاسم: إلا أن ترى المستحاضة ما توقن هي والنساء أنه دم حيض فتحل متى تراه، لأن مالكًا قال: في المستحاضة ترى دمًا وهي في عدة موت أو طلاق توقن هي والنساء أنه دم حيض فذلك مرة تحتسب به قال: ومن كانت أمته ثم عجزت أحببت له استبراءها إلا التي في يديه لا تخرج فلا شيء عليه .

قال ابن حبيب: لا يطؤها حتى يستبرئ لأن فرجها كان ممنوعًا من وطئه. فكأن ملكه زال عنها .

ومن «المدونة» قال: وعليه في المغصوبة ترجع إليه الاستبراء إن غاب عليها الغاصب ولو اشتراها الغاصب بعد أن وطأها فليستبرئها بها إن كان الفاسد.

ورأيت لسحنون إذا رجعت لسيدها فليستبرئها لنفسه فلا مواضعة لأنه قد أخذ ما نقصها وهذا إذا كانت من الوخش وأما إذا كانت رابعة رأيت سيدها بالخيار في أخذ القيمة أو أخذها وما نقصها لأن ذلك في الرابعة عيب شديد يوجب له قيمتها.

ومن «المدونة» قال مالك: ومن اشترى أمة فعاب عليها ثم استحقت بحرية لم تنكح إلا بعد ثلاث حيضات وإن تقاررا أنه لم يطأ ولو وطأها فلا صداق عليه لأنه وطئ بالملك إلا أن يطأ عالمًا بحريتها فعليه الصداق والحد.

قال ابن القاسم في غير «المدونة»: ولا تحدّ هي لو أقرت بالملك.

قال أبو بكر بن اللباد وقال المغيرة وابن الماجشون: وعليه لها صداق مثلها، وإن وطئ غير عالم.

قال سحنون: وقد قال ابن القاسم: ما تبين لي قولهما وقال في كتاب آخر: يزوجان أختين فقد يغلطان بهما فتدخل على كل واحد زوجة أخيه فيطؤها ثم ظهر على ذلك أن لكل واحدة صداق مثلها على الذي وطئها.

وقد اختلف في الحد إذا بيع فأعتقه المشتري فقيل: تكون للمشتري غلته مع كونه غير ضامن له لو هلك، وقيل: لا غلة له.

ومن كتاب الاستبراء: وإذا سبى العدو أمة أو أم ولد أو مدبرة أو حرة ثم رجعن لم توطأ الحرة إلا بعد ثلاث حيضات وأولائك بعد حيضة ولا يصدقن كلهن في نفي الوطء لأن أهل الحرب يبقوهن على وجه الملك لا على وجه الوديعة.

ومن رهن جارية أو أودعها فلا يسْتبرئها إذا ارتجعها ولو ابتاعها المودع بعد أن حاضت عنده أجزأه من استبرأ إن كانت في بيته لا تخرج وإن كانت تخرج على السوق لم يجزه.

ومن وهب أمة لرجل ثم ارتجعها بعد غيبة الموهوب له عليها فليستبرئها لنفسه لأنها قبضت على الحوز ومعنى ارتجعها أن الموهوب ردها إليه فصارت كهبة منه للواهب ولو وهبها له الأول على غير ثواب مسمى فأثابه أقل من قيمتها فلم يرضه

فردها عليه فيكون عليه الاستبراء بلا مواضعة لأن الموهوب قبضها على الحوز ولو سميتا ثوابًا لم يكن له أن يرتجعها منه إلا أن ينقضا الأمر الأول فتكون إقالة، وإن أثابه بعد خروجها من المواضعة فعليه الاستبراء والمواضعة كالبيع، ومن باع أمة على المواضعة ثم رجعت إليه في المواضعة قبل أن تحيض أو يذهب عظم حيضتها فلا استبراء عليه. ولو قبضها المبتاع لنفسه على الحوز لا على الأمانة في المواضعة ثم أقاله فليستبرئ لنفسه ، وإن أقاله بعد يوم من مغيبه والهبة كذلك.

ومن وهب لابنه الصغير أو الكبير في عياله جارية ثم اعتصرها فإن لم تكن تخرج وهي بيد الأب ولم يعب الكبير عليها لم يستبرئ وإن كانت تخرج أو قبضها الكبير وغاب عليها فليستبرئ .

قال مالك: وإن وطأها الابن فلا اعتصار الآن فيها.

م: اعلم أنه إذا قال الابن الكبير ما وطئتها فلأن اعتصارها لإضرار الولد أن اعتصار الأب لها جائز.

ولو قال الابن وطئتها لم يكن للأب أن يعتصر وإنما منع الأب من اعتصارها لأنه قد حرمها عليه وتغير حالها فذلك كحوالة عينها وحوالة عينها تمنعه من الاعتصار وكذلك هذا .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن : أنه قال في قوله إذا اعتصرها الأب بعد غيبة الكبير عليها فليستبرئ الآن إنما قال ذلك لغيبتها عن حوز الأب وينظره لا من أجل خيفة وطء الابن إذ لو كان كذلك لأمره ألا يطأها أصلاً فاعلم ذلك .

ومن «المدونة»: ومن باع على ابنه الصغير من نفسه أمة أو رجلاً ابتاع أمة زوجته أو غالب عليها أو وهبتها له فإن كانت عنده لا تخرج لم يستبرئ ، وإن كانت تخرج فعليه الاستبراء .

ابن المواز قال أشهب: إن كانت معه في دار وهو الوالي عليها والناظر في أمرها أجزأه كانت تخرج أولا تخرج .

ووجه [ق/ ٢٣/ ١٧أ] **هذا:** فلأنها كانت عنده وهو القائم لأمرها أشبهت أخته فكما لا استبراء عليه في أمته إذا كانت تخرج فكذلك هذه.

ووجه قول ابن القاسم: إنه ماراعى انتقال الملك مع كونها ليست في يد المشتري

أو في يده لا تتصرف إذ قد يمكن المشتري من وطئها إذا كانت تتصرف.

ومن «المدونة» قال مالك: ومن اشترى جارية مثلها يوطأ من رجل لم يطأها أو من صبي أو امرأة فلابد من مواضعتها للاستبراء .

ومن أبضع مع رجل في شراء جارية فبعث بها إليه فحاضت في الطريق فلا يقربها حتى يستبرئ لنفسه .

وقال أشهب: بل تجزئه حيضتها في الطريق أو يعتد الوكيل ولا يستبرئ من سوء الظن.

قيل: معنى ابن القاسم: أن الوكيل تعدا في بعثه إياها مع غير ما ائتمنه الأمر فلذلك قال: لا تجزئه حيضتها في الطريق حتى يستبرئ لنفسه.

ومن «المدونة»: ومن باع أمة فحبسها بالثمن أو لم يمنع المشتري من قبضها ولا سأله هو في ذلك وذهب هو ليأتي بالثمن فأتى فألقاها طامثا مع أول الدم يجزئه وإن ألقاها في آخره وقد بقى منه يوم أو يومان أو بعد الطهر ولا يواضعها إلا في الوخش فليقبضها وليستبرئ لنفسه ولو أمكنه البائع من الرابعة فتركها عنده أجزأته حيضتها على كل حال لأنه استودعه إياها بمنزلة أن لو وضعها عند غيره.

ومن «العتبية» قال ابن القاسم: ولو حبسها البائع بالثمن ثم وطأها فحملت فلا حدّ عليه لشبهته ويأخذها المبتاع وقيمة الولد كالمستحقة.

م: يريد: أنه وطأها بعد أن خرجت من الاستبراء، وأما إن وطأها قبل خروجها من الاستبراء فحملت فإنها تكون له أم ولد ويعاقب كما قال في التي أمكنه منها.

قال ابن القاسم: ولو أنه أمكنه منها فتركها المبتاع عنده فإن وطأها بعد أن استبرأها حدّ وإن كان قبل استبرائها لم يحدّ وعوقب عقوبة موجعة وكانت له أم ولد.

قال سحنون: وإن كانت من وخش الرقيق ومنعه البائع من قبضها حتى يأتيه بالثمن فوطأها البائع فأولدها كانت له أم ولد لأن مصيبتها منه وعتقه فيها جائز إذا حبسها بالثمن وكذلك يقول جميع أصحابنا أن المصيبة من البائع إلا ابن القاسم وحده فإن كان يقول المصيبة فيها من المشتري فإن كان تركها عند البائع على وجه الوديعة فوطأها لزمه الحدّ ولا يلحق به الولد لأن مصيبتها من المبتاع.

ومن «المدونة» قال مالك: ومن ابتاع أمة في أول الدم أجزأه من الاستبراء وأما في

آخره وقد بقى منه يوم أو يومان فلا، وله المواضعة وإن ابتاعها فرأت عنده دمًا لخمسة أيام من حيضيتها عند البائع لم يجزئه من الاستبراء وهو كدم واحد وتدع له الصلاة وإن رأته بعد أيام كثيرة يكون لها هذا حيضًا مؤتنفًا فرأته يومًا أو بعض يوم أو يومين ثم انقطع فإن قال النساء إن مثل ذلك حيضة أجزأتها وإلا لم يكن استبراء لرحمها وإن لم تصل فيه حتى تقيم في الدم ما يستيقن ويعرف أنه استبراء لرحمها .

قال في كتاب ابن المواز: إلا أن تكون حيضتها قبل ذلك أكثر من هذا فلا يبرئها حتى تقيم بما يعرف أنه استبراء لرحمها .

وقال في كتاب آخر: لا تكون الحيضة يومًا في عدة ولا استبراء .

واختلف في أقل الحيض وأقل الطهر: فقيل: أقل الحيض خمسة أيام. وقيل: ثلاثة. وقيل: أقل الطهر عشرة. وقيل: ثمانية. وقيل: خمسة وهذا في العدة والاستبراء وأما في غير ذلك فدفعة من دم توجب ترك الصلاة.

ومن «المدونة» قال مالك: في الثلاثة أيام والأربعة أيام والخمسة أيام إذا طهرت فيهن ثم رأت الدم بعد ذلك فهو من الحيضة ويسأل النساء عن عدة أيام الطهر فإن قلن إن هذه الأيام تكون طهرًا فيما بين الحيضتين وجب هذه الأمة بعد هذه الأيام من الدم ما يقول النساء أنه دم حيضة ولا يشككن فيه أجزأ ذلك من الاستبراء والإيلاء.

في استبراء الأمة تباع ثم يستقال منها أو يفسخ بيعها أو تنزع من عبد أو ترد بخيار أو بعيب

قال ابن القاسم: ومن باع أمة رابعة ثم تقابلا قبل التفرق فلا استبراء عليه وإن أقاله وقد غاب عليها المبتاع فإن أقامت عنده لا يمكن فيها استبراء ولو يومًا واحدًا فلا يطؤها المبتاع إلا بعد حيضة ولا مواضعة على المبتاع فيها إذ لم تخرج من ضمان البائع بعد ولو كانت وخشًا فقبضها على ثبات البيع والحوز ثم أقاله بعد مدة الاستبراء فليستبرئ البائع لنفسه أيضًا وإن كان إنما دفع الرابعة إليه ائتمانًا له على استبرائها فلا يستبرئ البائع لنفسه إذا ارتجعها قبل أن تحيض أو يذهب عظم حيضتها ولو كانت عند أمين فلا استبراء عليه في الإقالة قبل حيضة ولو بعد طول المدة عند الأمين ولا تقابلا بعد حيضة عند الأمين أو بعد أخذها فللبائع على المبتاع فيها المواضعة لضمانه إياها.
قيل له : أوجبت على البائع أن يستبرئ لنفسه وجعلت له المواضعة على المبتاع إذا أقاله في آخر دمها وهي لم تحل للمشتري حتى يخرج من دمها قال: لأنها إذا

دخلت في أول الدم فمصيبتها من المشتري وقد حل له أن يقبل ويصنع بها ما يصنع الرجل بجاريته إذا حاضت ولأنها قد تحمل إذا وطئتها في آخر دمها ولا أدى ما أحدثت إلا أن يقبله في أول دمها ومعظمه فلا أرى عليه استبراء ولا مواضعة فيها كبيع مؤتنف من غيره وكذلك في بيع الشقص منها فالإقالة منه.

ومن ابتاع شقصًا فله المواضعة .

وفي كتاب محمد: لا استبراء على البائع ولا مواضعة له على المشتري .

م: جعل كونها بيد الأمين كما لو ائتمن المبتاع على استبرائها ثم أقاله فيها قبل أن يذهب عظم حيضتها أنه لا استبراء عليه.

ومن «المدونة»: ومن ابتاع شقصًا من رابعة فله المواضعة .قال ومن باع أم ولد [ ] ففسخ البيع وردت فلتستبرئ إذا كان قد دفعها على الحوز وترك المواضعة.

ومن اشترى من عبده جاريته أو انتزعها منه فليستبرئ يريد : إذا انتزعها منه فليستبرئ ولا مواضعة فيها وإذا اشتراها لنفسه منه ففيها المواضعة.

ومن ابتاع جارية بالخيار ثلاثًا فتواضعاه أو كانت وخشًا فقبضها فاختار الرد من له الخيار فلا استبراء على البائع لأن البيع لم يتم فيها وإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب عليها [ق/ ٢٤/ ٧أ] المشتري وكان المقدر له خاصة فذلك وخش إذ لو وطأها المبتاع كان بذلك مختاراً ، وإن كان منهيا عن ذلك كما استحب استبراء التي غاب عليها الغاصب .

قال ابن القاسم : ومن اشترى جارية فردها بعيب فعلى البائع الاستبراء إذا كانت قد خرجت من الحيضة ومصيبتها من البائع.

قال ابن المواز : وفيها المواضعة.

وروى أشهب عن مالك : أن ضمانها من البائع في الرد بالعيب وإنما تتواضع ليعرف أبها حمل أم لا فإن ماتت قبل ذلك فهي من البائع وطأها المبتاع أو لم يطأ لأن البيع قد انتقض فكأنه لم يكن فيها بيع قط .

قال: وإن كانت من الوخش فلا توقف وليقبضها المبتاع مكانه.

ابن المواز: وبالأول أقول .

قال مالك وابن القاسم : إنها من المبتاع ونفقتها عليه في الإيقاف في الرد بالعيب

حتى تحيض. م: واعلم أن الرد بالعيب نقض بيع عند ابـن القاسم أيضًا وقد قال: إذا ردت السلعـة بعيب رد السـمسار الجـعل وإنما أوجبت المـواضعة في هذه المـسألة لأن المشتري قبضها بريئة الرحم فيجب أن يردها كذلك. قاله بعض فقهائنا.

م: وظاهر قوله أنه كبيع مبـتدإ لا أنه جعل ضمانها من المبتاع ونفقـتها عليه حتى تحيض وهذه صفة البيع المبتدأ .

وقد قال ابن عبـدوس: قال أشهب في الذي اغترقه الدين إذا أعـتق فرد الغرماء عتقه فبيع لهم ثم رده مبتاعه بعيب قـديم وقد استفاد سيده مالاً أنه لا يعتق عليه وقال هاهنا في مسـألة الجارية إن الرد بالعيب نقـض بيع ولا مواضعة فـيها. فـابن القاسم هاهنا جعله كشراء مبتدإ وقال في مسألة المفلس إنه يعتق وجعله نقض بيع ولـم يجعله كبيع مبتدإ ، وقد خالفا أصليهما.

م: وقد جعل ابن عبدوس أن ابن القاسم جعله في مسألة الأمة كبيع مبتدأ.

وإنما تكون الحجة التي قـدمنا لابن القاسم أنه قبضها بريئـة الرحم فعليه أن يردها كذلك وعلى ما بينه ابن عبدوس أن كل واحد من ابن القاسم وأشهب اختلف قولهما في ذلك فمرة رأى الرد بالعيب كنقض بيع ، ومرة رآه كبيع مبتدإ فاعلم ذلك.

ومن «المدونة» قال ابـن القاسم : وإن لم تكن خرجت مـن الحيضـة فلا استـبراء عليه. يـريد: أن لا مواضعـة للبائع على الذي يرد بالـعيب لأنها لو هلـكت قبل أن تحيض كانت المصيبة فيها من البائع .

وقال أشهب : لا مواضعة على الذي يرد بالعـيب خرجت من الحيضة أم لا لأن الرد بالعيب نقض بيع وليس هو كبيع مبتدأ .

فيمن لا مواضعة فيها من حامل أو وخش والتبرؤ من الحمل وهل تصدق الأمة في حيض معه الاستبراء

قال مالك: ومن استبرأ جارية حاملاً فلا يتواضعها حتى تضع حملها.

إلى المبتـاع وينفذ ثمنهـا ولا يطأها حتى تلد وإن ألقت دمـا أو مضـغة أو شيـئًا يستيقن النساء أنه ولد فاستبراؤها ينقض به كما تنقض به عدة الحرة وتكون به الأمة أم ولد، وإن ادعت الأمة أنها قد أسـقطت فالسقط لا يخفى دمه وينظر إليـها النساء فإن كان بها من ذلك ما يـعلم أنها قد أسقطته أجزأها ذلك إذا ظهـر وإلا لم تصدق خوفًا

أن يكون ريحا فانفش وكذلك إن قالت أسقطت من مدة عشرة أيام وانقطع الدم عني فلا تصدق ولا يطأها المبتاع حتى يستبرئ لنفسه بحيضة ولا حجة له في رد الثمن وطلب المواضعة لأنه قال للمبتاع بعتك وهي ظاهرة الحمل يعرفه النساء ويشهدن عليه، ولا أدري ما صار إليه أمر الحمل .

وإذا كانت الأمة من وخش الرقيق يطأها البائع جاز بيعها بالبراءة من حمل غير ظاهر كان البائع قد استبرأها أم لا ويجوز فيها اشتراط ترك المواضعة وإنفاذ الثمن.

ويقال للمبتاع: استبرئ لنفسك بحيضة مستقبلة قبل أن تطأ ثم لا رد للمبتاع إن ظهر حمل، لأن البائع قد تبرأ منه وإن كانت رابعة ولم يطأها البائع فلا يجوز بيعها بالبراءة من حمل غير ظاهر وإن كان البائع قد استبرأها ويفسخ البيع بينهما وفي هذا البيع أيضًا وجه آخر أنه اشتراط النقد في الرابعة ولابد فيها من المواضعة.

وإن كانت بينة الحمل جاز تبرؤ البائع من الحمل إن لم يكن منه وجاز فيها النقد ولا تصدق إلا في حيض الاستبراء إن ادعت الحيضة ولا في السقط حتى يراها النساء لأن العهدة على البائع ولا تسقط بقول الجارية إلا بالبينة التي تجوز في مثلها أو يبرئه المشتري مما له أوقفت .

وفي كتاب محمد بن حبيب: أن البيع جائز والشرط باطل كبيعها بشرط ترك المواضعة وقبضها كالوخش ولم يتبرأ من حمل غير ظاهر أن البيع جائز ويلزمان حكم المواضعة فكذلك هذا.

ومن «المدونة» : وأما الحرة فهي في ذلك كله مصدقة ولا ينظر إليها أحد لأن الله عز وجل أئتمنها عليه فقال : ﴿**وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ**﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهي الحيضة والحمل .

ابن عبدوس قال غيره : ومن باع جارية زانية أو معتدة فإن كان الزنا معروفًا أو الزوج فالبيع جائز ولا مواضعة فيها ولا ترد بحمل إن أمكن أن يكون من ذلك الزنا لقربه، وإن كان الزنّا والزوج لا يعرف فالبيع فاسد لأنه أراد بذلك تجويز بيع الرابعة بلا مواضعة وبالبراءة من الحمل .

قال بعض فقهائنا : وقيل في المغتصبة لا مواضعة فيها كما قيل في الزانية المعلوم زناها وإنما عليه الاستبراء وهو واجب، وإذا غاب عليها الغاصب .

ولفظ الاستحباب الذي جرى في الكتاب إنما أراد به الإيجاب.

قال: فلا مواضعة في أم الولد إذا بيعت فرد بيعها إذ لو هلكت في يد المبتاع كان ضمانها من البائع وأما المدبرة إذا بيعت فرد بيعها ففيها المواضعة لأنها لو حملت من المبتاع كانت له أم ولد ونفقتها على المبتاع فلا رجوع له على البائع بما أنفق عليها في حال المواضعة إن خرجت من المواضعة.

م: وعلى القول الذي إذا عتقت وتمتعت يرد بيعها فلا مواضعة فيها كأم الولد وكذلك القول في المكاتبة والمدبرة.

في المواضعة عقدتها والنقد فيها

قال مالك في «العتبية» و«الواضحة»: أرى أن يحمل الناس على المواضعة.

قال ابن حبيب: في الرابعة وفيما وطأه البائع من الوخش ويؤدب تاركها.

قال ابن عبدوس: نتواضع لما يتقى من الحمل وإذا لم يلزم المبتاع تعجيل الثمن فيها لذلك لم يلزم البائع دفعها إلى المبتاع وفارق الحمل فيها كسائر العيوب لأن الظاهر من العيوب السلامة ولا يظهر لها سبب يتقى وهذه الغالب أن لا يؤمن منها الحمل ومنعه قائم [ق/ ٢٥/ ٧أ] فيصير النقد تارة سلفا وتارة ثمنًا وتصير البراءة لها فيها عذر بيّن بخلاف سائر العيوب التي للغالب منها السلامة وخرجت الوخش هذه لأن الغالب من حالها غير الوطء فصار ذلك فيها كسائر العيوب في تعجيل قبضها وكذلك في البراءة من الحمل فلم يكن لها حكم الرابعة.

ومن «المدونة» قال مالك: ومن اشترى جارية من أعلى الرقيق فأحب إليّ أن تكون مواضعتها على يد النساء وهو الشأن.

وذكر عن أبي موسى بن مناس: لا تجزئ في المواضعة امرأة واحدة ولا بد من امرأتين تشهدان أن الأمة حاضت إجراء مجرى حكم الشهادة.

وقال ابن الكاتب وابن عبد الرحمن: يجزئ في ذلك قول امرأة ولا يحتاج أن توضع على يد أكثر من امرأة، وإنما هو من باب نقل الخبر لا من باب نقل الشهادة.

ومن «المدونة»: وإن وضعاها على يد رجل له أهْل ينظرون إليها أجزأه ذلك.

وكره مالك ترك المواضعة وائتمان المبتاع على الاستبراء.

قال ابن القاسم: فإن فعلا أجزأهما إن قبضها على الأمانة لأن البائع ائتمنه على

ذلك ورضي بقوله وهي من البائع حتى تدخل في أول دمها.

ابن المواز: قال ابن القاسم: ووضعها على يدي رجل عدل له أهل ينظرون إليها أحسن من وضعها على يد المشتري فجائز وهو مصدق إلا أن للبائع أن يبدو له فيضعها على يد غيره، ولو وضعاها بيد أجنبي لم يكن لأحد منهما أن ينقلها عنه إلا أن يرى لذلك وجهًا.

قال مالك: وإن اختلف في الثمن وضع أيضًا بيد عدل ولا يجوز أن يوضع بيد البائع وإن طبع عليه بخلاف الرهن يشترط الطبع عليه إذ ليس الرهن عيناً حقه وكذلك الثمن في بيع الخيار وبيع الشيء الغائب لا يجوز انتقاده وإن طبع عليه لأنه عين حقه.

وأجاز في «كتاب ابن المواز»: في بيع الخيار قبض المثمون الذي لا يُعرف بعينه بشرط الطبع وإذا جاز في المثمون جاز في الثمن وهذا أقيس في السلامة من تارة سلفا وتارة بيعًا.

وقال في «العتبية»: ليس عليه أن ينقده حتى تحيض، وليس عليه مواضعة الثمن إن طلب ذلك للبائع،

قال عيسى ابن القاسم: ولو تطوع بالنقد من غير شرط جاز ثم إن استْبرئت فليس له استرجاعه إلا أن تتم حاملاً.

قال في «الكتاب»: وليس له أخذه ليجعله بيد غيره.

وقيل في قول محمد: لا يجوز أن يجعل بيد البائع وإن طبع عليه: أنه إن نزل فيبقى الثمن مطبوعًا عليه لم يفسخ وإن تعدى عليه وانتفع به فهاهنا يفسخ.

م: وأنا أرى أنه إن نزل مضى، فالعقد وقع صحيحًا فاشتراط الطبع عليه وإنما كره.

وقد روي عن مالك فيمن أخذ ثوبًا من البزازين ونقد الثمن حتى يريه فإن لم يرضه رده.

قال: إن كان قريبًا وطبع على يد عدل فجائز.

وقال أصبغ: وما بيع على المواضعة أو على معرفة المواضعة والاستبراء فإن شرط النقد فيه يفسد البيع إلا أن يتطوع به العقد فيجوز؛ أمّا ما بيع على البت ممن لا يعرف

المواضعة مثل بيع أهل مصر ومن لا يعرفها من البلدان يتبايعون على النقد ولا يشترطون نقداً ولا مواضعة فهو بيع لازم لا يفسخ ويقضي عليهما بالمواضعة.

قال مالك في «العتبية»: ولو انصرف بها المبتاع وغاب عليها ردّ إلى المواضعة ولا حجة للبائع بغيبة عليها وهو قد ائتمنه عليها.

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: فإن قبضها على شرط الحيازة وسقوط المواضعة كالوخش ولم يشترط استبراء في المواضعة : أو جهل وجه المواضعة فقبضها كالوخش ولم يتبرأ البائع من حمل لم يفسد البيع وألزمها حكم المواضعة فإن هلكت في أمر لا يكون فيه استبراء فهي من البائع وإن هلكت بعد مدة يكون فيها استبراء فهي من المبتاع.

ابن المواز: وذلك قدر الشهر ونحوه.

وفي كتاب محمد: قول آخر أن البيع فاسد وخيفة أن البائع حط من الثمن لكان ضمان المشتري إياها بالعقد وأوجب على المشتري نقد الثمن فإذا طرحنا شرطه وأوجبنا الضمان على البائع وحرمناه نقد الثمن الذي نقض البيع لوجبه معنى ما حط من الثمن بغير فائدة.

قاله بعض القرويين: وإن باع بالمواضعة ثم أسقطها بعد عقد البيع فأجازه ابن القاسم وأوجب نقد الثمن ولم يجز ذلك سحنون لأنه يؤدي إلى رفع الضمان بانتفاعه بالمنفعة ويعد هذا زيادة فيها.

ومن «المدونة» قال: وإن تبرأ البائع في العقد من الحمل وليس بظاهر وكشرط قبضها كوخش الرقيق وزعم أنه لم يطأ أو قال وطئت فاستبرأت وهي رابعة فسد البيع وهي من المبتاع من يوم قبضها وترد إلا أن تفوت فيلزم المبتاع قيمتها يوم القبض أقامت عنده مدة الاستبراء أو يومًا أو يومين.

ابن المواز: وهي من البائع حتى تخرج من الاستبراء في البيع الصحيح ففي الفاسد أحرى وكمن شرط النقد في بيع الخيار.

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: ولو أقر البائع بوطئها ولم يدع استبراء وتبرأ من الحمل وشرط ترك المواضعة فهذا أيضًا فاسد فإن هلكت في مدة لا يكون فيها استبراء فهي من البائع وما ولدت فهو به لاحق ولا ينفعه شرطه، وإن هلكت بعد مدة فيها

استبراء فهي من المبتاع وعليه قيمتها يوم جعلناها تحيض في مثله لأن من ذلك اليوم وجب عليه ضمانها ولا ينفعه إن ادعى أنها لم تحض.

م: والفرق عند ابن القاسم والله أعلم: أنه إذا أقر بالوطء فقد علقها بنفسه فإن أتت بولد لحق به فوجب أن تكون في ضمانه إلى انقضاء ما يكون فيه الاستبراء وإذا أنكر الوطء فلم يعلقها بنفسه فلا يلحقه ولد إن أتت به فوجب أن تكون بالقبض في ضمان المبتاع كسائر البيوع الفاسدة وفارقت أيضًا مسألة بيع الخيار الذي احتج عليه بها محمد لأن أمر الخيار الذي الضمان فيه من البائع اتفقا على إيقافه وفي هذه المسألة قد أسقط أمر المواضعة الذي الضمان فيه من البائع وشرط قبضها كالوخش وإنما يشبه مسألة الخيار إنه لو باع الجارية على المواضعة وشرط النقد فيها هاهنا تشتبه المسألتان والله أعلم.

قال أشهب: إذا هلكت في مثل ما لا يكون فيه استبراء فهي من البائع بعد يمين المبتاع أنها لم تحض عنده وقاله مالك . يريد: إذا أمكن أن تحيض عنده.

قال ابن حبيب: ومعنى ما فيه استبراء إن كانت وقت أيام حيضتها معروفاً بذهاب قدرها فيه استبراء وإن لم تكن معروفة جعل على أغلب أحوال النساء وذلك شهر فإن مضى شهر قبل أن تموت فهي من المبتاع وإن ماتت قبله فمن البائع وإن لم تمت وجاء بها بعد شهر أو أكثر وقد حدث بها عيب فقال لم تحض [ق/ ٢٦/ ٧أ] فهو مصدق ويردها بعد شهرين وثلاثة بالعيب الذي زعم أنه حدث قبل أن تحيض والعيب تبع للحيضة فهو مصدق أيضًا أنها لم تحض ما لم تمت ولأنه لو لم يحدث بها عيب كان له ردها بعيب تأخير الحيض.

ومن كتاب البيوع الأول لابن المواز قال: إلا اشتراط البراءة من الحمل أو ترك المواضعة رد البيع فأفسد البيع باشتراط ترك المواضعة وذلك خلاف المدونة.

قال بعض فقهائنا: وهو القياس لأنه غرَر ووضيعة من الثمن لسقوط الضمان عن البائع وطرح النفقة والله أعلم.

وذكر عن أبي بكر بن عبد الرحمن: ممن وضع أمة على مواضعة بثمن مؤجل أن الأجل إنما يحسب من يوم خروجها من الاستبراء وتصير في ضمان المشتري بمنزلة السلع الغائبة وأجاب فيها أبو عمران أن الأجل من يوم العقد إلا أنه لا يزال يوسع الأجل توسعًا تنقضي المواضعة قبله لئلا يصير إلى النقد في المواضعة.

فيمن ابتاع زوجته وكيف إن باعها أو استبرأها من فسخ نكاحها أو بيعت بغير إذن ربها ومن وطئ جارية أبيه

قال ابن القاسم: ومن اشترى زوجته قبل البناء أو بعده لم تستبرئ فإن ابتاعها قبل البناء ثم باعها قبل أن يطأها أو بعد أن وطئ فليستبرئ المبتاع بحيضة. م: يريد: وفيها المواضعة، وكذلك إن ابتاعها بعد البناء ثم باعها بعد أن وطأها فليستبرئها مشتريها منه بحيضة لأن وطأه فسخ لعدتها منه، ولو باعها قبل الوطء هاهنا لم تحل له إلا بحيضتين عدة فسخ النكاح.

قال غيره في كتاب ابن عبدوس: وفيها المواضعة لأنها إن كانت حاملاً رجعت له أم ولد.

قال أبو الحسن وغيره: إن الحيضة الأولى تكون في مواضعة ويبرئها البائع، والثانية تتم بها عدة فسخ النكاح وضمانها من المشتري لأنها تعتد. فإن قيل: فلم كان فيها الاستبراء ولم تكن كذات الزوج إذا بيعت والمعتدة. قيل له: لأنه لما اشتراها زوجها كانت كأمة له كان يطأها فإذا باعها فلا بد فيها من المواضعة خوفًا أن تكون حاملاً منه فتكون أم ولد له. فإن وطأها الزوج بعد الشراء ذهبت العدة ولم يبق إلا أمة مبيعة توطأ فوجبت فيها المواضعة.

وقد قال مالك: ليس عليها إلا حيضة، وطئ أم لم يطأ.

ووجه هذا: كأنه رأى أن العدة إنما تكون في الطلاق وأما في فسخ النكاح فإنما فيه حيضة كاستبراء المبيعات وأما إذا اشترى ذات زوج طلقها زوجها قبل البناء، فقال ابن القاسم: لا يطأها المشترى إلا بعد حيضة لأنها أمة مبيعة.

وقال سحنون: يطأها مكانه كما كان لبائعها أن يطأها مكانه.

قال في كتاب ابن عبدوس: وأما لو حلف عندها الأول وهي تحت زوج أو في عدة من زوج لم تكن فيها مواضعة وقبضها مكانها وإن ظهر بها حمل لم ترد وكان رقيقًا وهي مخالفة للمسألة الأولى.

ومن «المدونة»: ولو طلقها بعد البناء واحدة ثم ابتاعها في العدة ثم باعها فإن كان قد وطأها بعد الشراء استبرأها مشتريها منه بحيضة وإن لم يطأها بعد الشراء لم تحل لمشتريها إلا بحيضتين من يوم طلاقه ولو باعها بعد حيضة لم تحل له إلا بعد حيضة

ثانية، ولو باعها بعد انقضاء العدة فاستبراؤها حيضة كان الطلاق واحدة أو ثلاثًا.

ومن كتاب العدة: ولو اشترى مكاتبا زوجته بعد البناء ثم لم يطأها حتى مات فعلى السيد فيها حيضتان من يوم الشراء.

وكان مالك يقول: حيضة ثم رجع إلى هذا وهو أحب إلي لأنها معتدة كمن باع معتدة من طلاق. يريد: أنها قولة لمالك في كل من اشترى زوجته من حمر أو عبد ثم باعها أو أعتقها فإنها تستبرئ بحيضة ثم رجع عنه إلى حيضتين. ذكر ذلك في «المختصر الكبير» «وكتاب ابن المواز».

ومن الاستبراء: وإن تزوجت أمة بغير إذن سيدها ففسخ النكاح بعد البناء لم يمسها إلا بعد حيضتين لأنه استبراء من نكاح يلحق فيه الولد ويدرأ عنه الحدّ فلا عدة فيها.

وقد قال بعض الناس: إنه نكاح ومن باع أمة بغير إذن ربها ثم أجاز ربها البيع بعد أن حاضت عند المبتاع أجزأه كالمودعة.

فصل

قال ابن القاسم: ومن وطئ جارية ابنه ففوتت عليه فليستبرئها إن لم يكن الآن قد عزلها عنده وليستبرئها .

وقال غيره: لابد أن يستبرئها لفساد وطئه وإن كانت مستبرأة عنده الآن قيل لابن القاسم: فلم جعلته يستبرئ والولد يلحق بالأب؟ قال لأنه وطء فاسد وكل وطء فاسد فلا يطأ فيه حتى يستبرئ .

م: **وحكى عن ابن القابسي:** أن قول ابن القاسم أحسن قال لأن الأب إذا تلذذ بجارية ابنه حرمت على الابن ووجبت على الأب القيمة. وهذه لما كانت مستبرأة عند الأب فبأول وضع يده عليها وجلوسه بين فخذيها وجبت عليه القيمة وصار وطؤه في أمة مستبرأة وهذا معنى قوله دون لفظه .

في تزويج الرجل أمته وقد وطئها أم لا

قال مالك ـ رحمه الله ـ: وللرجل أن يزوج أمته لا يطأها بغير استبراء.

قال عنه ابن وهب: ولا تستبرأ الأمة في النكاح ولا يتزوج أمة قد وطأها حتى تحيض حيضة من يوم وطئها.

قيل لمالك: أفلا يزوجها ويكف عنها الزوج حتى تحيض؟

قال: لا فإن زوجها بعد وطئها قبل أن تحيض حيضة ثم لم يطأها الزوج حتى حاضت حيضة فالنكاح مفسوخ ولا يجوز نكاح إلا حيث يجوز الوطء إلا في دم النفاس أو في دم الحيض من غير معتدة أو من دخلت من المعتدات في الحيضة الثالثة في الحرة أو الثانية في الأمة فإن النكاح يجوز في ذلك ولا توطأ حتى تطهر. ومن زنت أمته لم يطأها ولم يزوجها إلا بعد حيضة.

ومن ابتاع أمة رابعة فأقر البائع بوطئها أو لم يقر ولم يجحد لم يزوجها حتى تخرج من الاستبراء إذ يلحق بالبائع ما تأتي به من ولد إن دعاه.

ومن باع أمة من وخش الرقيق ولم يطأها وتبرأ من الحمل إن كان بها فلا يطأها المبتاع حتى تحيض وله أن يزوجها قبل أن تحيض إن لم يكن بها حمل كما كان لبائعها.

وأصل هذا أن ننظر إلى كل جارية كان للبائع أن يزوجها قبل أن يستبرئها فذلك أيضًا جائز للمبتاع إذا قبلها بعد الشراء فإذا لم يكن ذلك للبائع حتى يستبرئها كان المبتاع مثله.

قلت: فإن كانت رابعة فابتاعها وتواضعاها أيجوز للمبتاع أن يزوجها؟

قال: إذا قال البائع لم أطأها وإن كان حمل فليس مني ولم يتبرأ من الحمل جاز للبائع وللمبتاع قبولها فمن للمواضعة قبل حيضها وقبضها [ق/ ٢٧/ ٧أ] على الرضا بالحمل إن كان بها ولا يجوز ذلك في أصل التبايع.

قال ابن عبدوس: إن دفع البائع الرابعة إلى المبتاع بعد صحة العقد على أن المبتاع رضي بما ظهر بها من حمل أو غيره ولم يكن البائع وطأها فابن القاسم يرى أن يتعجل قبضها على ما أحب البائع أو كره كما له الرضى بحمل لو ظهر وإذا قبضها على ذلك برضى البائع أو بغير رضاه فعليه تعجيل الثمن. ولم ير سحنون للمشتري تعجيل قبضها قبل المحيض لأنه يسقط الضمان عن البائع لتعجيل منافعه بها، وكذلك إن طاعا جميعًا بذلك فكأنه عجل له الثمن بما تعجل من منفعتها فهو كسلف ينفع.

قال أبو محمد: إنما تصح هذه العلة لو كان ليس له تعجيلها إلا برضى البائع، وأما على ما يجب له من ذلك وإن كره البائع فلا يصح.

فإن قلت: ولم كان ذلك؟

قيل: كما له أن يرضى بحمل قبل أن يظهر.

ومن «المدونة» **قال ابن القاسم:** فإذا قبلها المبتاع جاز له أن يتزوجها مكانه قبل أن يستبرئها كما كان للبائع، ويحل للزوج وطؤها مكانه.

قال سحنون: كيف يزوج من لا يحل له وطؤها ؟

قال ابن القاسم: وقد قال مالك: فيمن باع أمة رابعة مثلها يتواضع للاستبراء فظهر بها حمل فقبلها المبتاع به أنّ ذلك له. وهو كعيب حدث بها وليس للبائع ردها إلا أن يدعي أن الحمل منه.

في استبراء ذات الزوج والمعتدة والمرتابة وما يحدث للأمة في المواضعة

قال ابن القاسم: ومن ابتاع أمة ذات زوج فطلقها قبل البناء ولا يطأها حتى تستبرئ بحيضة.

وقال سحنون: يطأ مكانه.

وقال عبد الملك: لا مواضعة في ذات الزوج وإن لم يبن بها الزوج ولا ترد بحمل إن ظهر لها أن تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها فلا يلحق به ويفسخ النكاح وللمشتري ردها بعيب هذا الحمل ويفسخ البيع.

وجرى لابن المواز بعض الروايات: إذا اشترى زوجته ثم ظهر بها حمل لم يردها به ويرجع بقيمة عيب الحمل.

قال بعض أصحابنا: فهذا خلاف المشهور من قولهم أن لا مواضعة في ذات الزوج وهي تعقد الشراء في ضمان المبتاع ولا ترك فيها بعيب على حال، لا أدري لم هذا وإنما ينبغي ألا ترد بعيب حدث من يوم الشراء إذ لا مواضعة فيها، وأما بعيب قديم لم يطلع عليه المبتاع فله الرد به كشراء العبد الذي هو بعقد الشراء من المبتاع.

ومن «المدونة» **قال ابن القاسم:** ومن اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تتم عدتها فإن انقضت عدتها أجزأتها من العدة والاستبراء وإن تمت عدتها ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة فإن رفعتها حتى وضعت ثلاثة أشهر ويئست من نفسها وانتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء فإن زالت الريبة قبلها حلت وإن ارتابت بعدها بجس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة

فإن استبرأت معتدة من طلاق وهي ممن يحيض فارتفعت حيضتها فإذا مضت سنة من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر حلّت.

قال سحنون: لا مواضعة في عدة ذات الزوج وهي بعقد الشراء في ضمان المبتاع.

قال ابن وهب عن مالك: ولا يجردها المبتاع لينظر إليها عند البيع ولا يتلذذ بشيء منها حتى تنقضي عدتها من طلاق أو وفاة.

وقال عبد الملك: فيمن ابتاع معتدة من وفاة فانقضت عدتها بعد شرائه بيوم فلا يقربها حتى تحيض ولا مواضعة في هذه الحيضة على البائع ولو حاضت بعد البيع قبل تمام العدة أجزأته، وحلّت بعد تمام العدة ولو ظهر بها حمل لم ترد به وإن وضعته لستة أشهر من يوم البيع لأنه على ذلك دخل لأن الزوج كان مطلقًا عليها فلم تكن له في الحمل حجة.

وحكى عن القابسي: أنه قال : إن كانت معتدة من طلاق فرفعتها حيضتها فلا توطأ إلا بعد سنة وإن قال القوال بعد ثلاثة أشهر. وقيل سنة لا حمل بها فلا توطأ إلا بعد حيضتين أو سنة لا حيض فيها وليست كالمعتدة من وفاة هذه إن قال القوال بعد ثلاثة أشهر وقبل تمام التسعة أشهر لا حمل لها حلّ للمشتري وطؤها لأن العدة من الوفاة قد انقضت بشهرين وخمس ليال والتربص لزوال الريبة فمتى زالت حلّت، والمطلقة عدتها بعد التسعة أشهر التي لزوال الريبة فأمرهما مفترق.

ومن «المدونة» قال سحنون: وقد روى عن مالك اختلاف في التي تستبرئ وهي ممن تحيض فرفعتها حيضتها بعد الشراء فروى عنه ابن وهب أنها تستبرئ بتسعة أشهر.

وروى عنه ابن غانم: أنها إذا مضت لها ثلاثة أشهر دعى لها قوابل فإن قلن لا حمل بها حلت.

قال أشهب: وهو أحبّ إليّ لأن رحمها يبرأ بثلاثة أشهر كما يبرأ بتسعة أشهر.

وقال مالك في موضع آخر: إذا رفعتها حيضتها انتظرت ثلاثة أشهر إلا أن ترتاب فترفع بها إلى تسعة أشهر، فإن زالت الريبة قبل التسعة حلّت وإن تمادت بعدها لم توطأ حتى تذهب الريبة فإن تأخر حيض الأمة في البيع لمرض حدث بعد العقد فرضيها المبتاع أجزأتها ثلاثة أشهر.

وحكى أن أبا موسى ابن مناس: سُئل ما فائدة التسعة أشهر وهي لا تبرأ إلا بعد وفاة الريبة؟ قال: معنى ذلك أنها إذا حاضت شيئًا عند ثلاثة أشهر فارتفعت إلى تسعة أشهر كفتها التسعة أشهر إذا لم تزد تلك الريبة وبقيت بحالها فأما إن زادت الريبة بالجس والتحريك فحينئذ تزيد على التسعة أشهر حتى تذهب الريبة.

ومن «المدونة»: وكلما حدث بالأمة في المواضعة من مرض أو هلاك أو عيب فمن البائع حتى ترى حيضة مستقيمة والمبتاع بالخيار في حدوث العيب في قبولها بجميع الثمن أو ردها فإن قبلها المبتاع فلا حجة للبائع.

ابن وهب: وقضى عمر بن الخطاب أنها إذا ماتت في المواضعة فهي من البائع.

قال بعض فقهائنا القرويين: وبأول دخولها في الدم صارت في ضمان المشتري عند ابن القاسم وحلّ له أن يقبل ويتلذذ، وخالفه ابن وهب وقال: حتى تستمر الحيضة لإمكان انقطاع الدم فلا تدخل في ضمان المشتري إلا بعد استحقاق الدم واستمراره.

ومن «العتبية» روى عيسى عن ابن القاسم قال: واستبراء المستحاضة والتي رفعتها حيضتها ثلاثة أشهر إلا أن تستبرأ بها فتبلغ بها تسعة أشهر وأما التي لا تحيض إلا في ستة أشهر أو في الحول فثلاثة أشهر تبرأ بها إذا لم ترتب، ولأنها بالوضع تبرأ [ق/ ٢٨/ ٧أ] في عدة الوفاة بتمام أيامها إذا لم ترتب.

وروى عنه يحيى في التي لا تحيض إلا في ستة أشهر قال: لا يبرئها إلا الحيضة فإن ارتابت رفعت إلى التسعة أشهر، وأما التي لا تحيض إلا بعد التسعة في نحو السنة فثلاثة أشهر تبرئهن في الاستبراء إلا أن ترتاب فتبلغ التسعة وأما الموضع فاستبراؤها ثلاثة أشهر فإن ارتابت بلغت التسعة. وكل من رفعت منهنّ إلى التسعة فهي في ضمان البائع إلى تمامها، ولا توطأ دون ذلك.

فيمن وطئ جارية ثم اشترى أختها أو تزوجها

روى أن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ قال: «من وطئ جارية بملك يمينه وعنده أختها فلا يطأ الثانية حتى يعتق الأولى» (١).

قال أبو عمر: أو يخرجها من ملكه.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٣٧١٦) وابن أبي شيبة (٣/ ٤٨٢).

قال ابن شهاب وغيره: بعتق أو تزويج أو بيع.

وقد كره الجمع بين الأختين في الملك عثمان ابن عفان والزبير بن العوام والنعمان ابن بشير صاحب النبي ﷺ.

قال مالك: فيمن وطئ أمة بالملك ثم ابتاع أختها أو عمتها أو خالتها لم يطأ الثانية حتى يحرم فرج الأولى فإن وطئ الثانية قبل تحريم فرج الأولى وقف عن معاودة كل واحدة منهما حتى يحرم فرج واحدة.

قال ابن القاسم: فإن حرم فرج الثانية أقام على وطء الأولى وإن حرم فرج الأولى لم يطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه وليحرم فرج إحداهما ببيع أو نكاح أو بعتق إلى أجل أو بما تحرم عليه.

قال ابن المواز: ولا يطأ الثانية حتى تخرج المبيعة من الاستبراء.

ومن «المدونة» قال ابن القاسم: وإن ظاهر منها لم تحل له أختها إذ له الكفارة وكذلك إن ابتاعها من عبده أو ابنه الصغير أو يتيم في حجره إذ له الاعتصار والانتزاع بالبيع.

ومن «المدونة» قال: وكذلك إن زوجها تزويجًا لا يقوان عليه أو باعها من أجنبي بيعًا فاسدًا إلا أن تفوت في البيع الفاسد فتحل له أختها وإن باعها ولها غيره.

قلت: له أخذه وهو بيع تام حتى يردها فإن أسرت أو أبقت إباق إياس حلت له أختها.

قال: ومن اشترى أختين وطئ أيتهما شاء فإن وطئهما ثم باعهما ثم اشتراهما في صفقة واحدة وطئ أيتهما شاء فإن وطئهما ثم باع واحدة أو زوجها فلم يطأ الباقية حتى رجعت إليه تلك فلا يطأ إلا الباقية لا الراجعة، فإن وطئ أحداهما ثم باعها ثم وطئ الباقية ثم اشترى تلك المبيعة فلا يطأها حتى يحرم فرج الأخرى، وكذلك إن باع أمة وطئها ثم اشترى أختها فوطئها ثم اشترى تلك المبيعة فلا يطأها حتى يحرم فرج الأخرى ولو لم يكن وطئ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتهما شاء.

قال أبو بكر بن عبد الرحمان: ولو وهب إحداهما لابنه الكبير أو لأجنبي لم تحل له أختها حتى يقبضها الموهوب له لأن الواهب لو أعتقها قبل قبض الموهوب له أو أحبلها لمضى فعله فيها وانتقضت الهبة فكذلك شرطنا القبض فيها.

قال بعض فقهائنا: ولو اشترى الأختين في صفقة ولم يعلم أنهما أختان فهو عيب رد به لأنه إذا وطئ أحداهما لم تحل له الأخرى حتى يحرم فرج الأولى.

وقيل: هذا ضعيف إذ يبقى له فيها أكثر المنافع سوى الوطء . والأول أبيَن.

وكذلك لو وجدهما [ ] ولم يعلم فهو عيب أشد من الأولى إذا يتأبد التحريم في الواحدة بوطء الأخرى. ولو ماتت واحدة قبل الوطء لم يكن له الرد على قول ابن القاسم وذلك لعيب ذهب. قيل: فإذا كانتا متكافئتين فإن له رد إحداهما ليزول العيب.

م: فالذي يظهر لي أن له ذلك عند من رآه عيبًا كمبتاع عبدين متكافئين يجد بأحدهما عيبًا أن له أن يمسك السالم حصته من الثمن وكذلك هذه. والله أعلم.

قال ابن القاسم: ومن وطئ أمة بملك يمينه ثم تزوج أختها لم يعجبني هذا النكاح لأن مالكًا قال: لا يجوز لرجل أن ينكح إلا في المواضع التي يجوز له فيها الوطء. وقال أيضًا ابن القاسم: إن تزوج فإن تزويجه جائزٌ وأوقفته عنهما حتى يحرم أيتهما شاء.

قال سحنون: وقال أشهب: إن نكح ثم وطئ الأخرى لم يضر ذلك النكاح وحرمت الأمة، وإن وطئ الأمة ثم تزوج الأخت فعقد النكاح تحريم للأخت والنكاح جائز.

قال بعض كبار أصحاب مالك: منهم عبد الرحمن: إذا كان يصيب المملوكة فليس له أن ينكح أختها حتى يحرمها وله أن يشتري أختها قبل أن يحرمها لأن الشراء يكون بغير الوطء والنكاح لا يكون إلا للوطء فلا يعقد نكاح أخت على أخت كان يصيبها بملك اليمين وفي النكاح الثالث إيعاب هذا المعنى.

في استبراء الأمة قبل البيع ومواضعتها وتوليتها من وضعَت على يديه واشتراط النقد ومواضعة الثمن

قال مالك: ومن وطئ أمة فلا يبعها حتى يستبرئها ثم لابد له إن باع الرابعة من المواضعة كان قد استبرأها أم لا والحيضة فيها تجزئ المتبايعين، ولو أن مَن وضعت على يديه مولاها بعد أن حاضت عنده تلك الحيضة ولم تخرج من يده أجزأته. ووطئ مكانه وكذلك المودعة عنده والشريك تحيض عنده ثم يبتاع نصيب شريكه.

يريد: وهي في حوزه لا تخرج .

قال: ولو وطئها البائع ولم يدع استبراء لم يجز له بيعها بالبراءة من الحمل كانت رابعة أم لا ولابد فيها من المواضعة وقد تقدم هذا .

قال مالك: ومن ابتاع جارية وهي ممن تستبرئ لم يجز اشتراط النقد فيها في عقدة البيع وضعت على يد المشتري أو على يد أجنبي واشتراط النقد فيها يفسد البيع.

قال أبو محمد: إذ لعلها أم ولد للبائع أو حامل من غيره فيرد الثمن فيصير تارة ثمنًا وتارة سلفًا فضارع مما نهى النبي ﷺ من بيع العربان.

قال مالك: وإن لم يشترط النقد في عقد البيع وينزع المبتاع بنقد الثمن في المواضعة جاز ذلك ولا بأس أن يشترطا مواضعة الثمن فإن هلك قبل محيضها ارتقبت فإن خرجت من الاستبراء فهو من البائع وإن لم تخرج حتى هلكت أو ظهر بها حمل فهو من المبتاع.

ابن المواز قال مالك: فإن ظهر بها حمل من غير البائع أو حدث بها عيب قبل الحيضة وقد هلك الثمن قبل ذلك فالمبتاع مخير في قبولها بالعيب أو الحمل بالثمن التالف فيصير من البائع، وإن شاء ردها وكان الثمن منه، وقاله ابن القاسم وأشهب في «العتبية».

وذكر ابن عبدوس عن عبد الملك: أن المشتري بالخيار في قبولها بغرم ثمن ثانٍ أو ردها، وكذلك لو رضيها قبل عليه إتلاف الثمن وهما سواء.

وقال عنه ابن حبيب : إن الثمن من المشتري والجارية من البائع وانفسخ البيع.

وحُكى عن أبي بكر ابن عبد الرحمن أنه قال: إنما يصح قول من قال: ينفسخ البيع إذا كان الثمن عوضًا بعينه لأنه [ق/ ٢٩/ ٧أ] لا يأخذها بثمن آخر ولابد من فسخ البيع بينهما، وأمّا إذا كان الثمن عينًا فهو إما أن يأخذها بثمن ثانٍ أو بالثمن التالف على الاختلاف، ولا وجه لفسخ البيع في ذلك .

قال بعض القرويين: واختار سحنون: أن لا يأخذها إلا بغرم ثمن ثانٍ لأنه لما كان مخيرًا في الأخذ أو الرد لحدوث العيب صار كأنه مبتدئ للشراء بثمن قد ضاع بخلاف ما لو حدث عيب قبل تلف الثمن قال: ولو تلف الثمن قبل حدوث العيب ولم يعلم بتلفه فاختار الأخذ لم يلزمه ثمن ثانٍ وكان على خياره إن شاء رد لأنه

يقول: إنما اخترت على ذلك الثمن وإن شاء أخذ وعزم ثمنًا ثانيًا.

م: والصواب قول ابن القاسم وأشهب. وقد تقدم القول في التي لم تحض واليائسة من الحيض والمرتابة وفيمن ابتاع أمة ممن لم يطأها أو من صبي أو امرأة أو أبيه أو زوجته أو أبضع في شراء جارية فحاضت في الطريق في الباب الأول مع شاكله فأغنى عن إعادته.

في وطء الجارية في أيام الاستبراء وإلحاق الولد

قال مالك: ولا ينبغي للمبتاع أن يطأ في الاستبراء ولا يُقبّل ولا يجس أو ينظر للذة ولا بأس أن ينظر لغير المعتدة. وإن وطئ المبتاع الأمة في الاستبراء قبل حيضة نكل إن لم يعذر بجهل حاضت بعد ذلك أو لم تحض وإن افتضها وهي بكر في الاستبراء ثم حدث بها عيب قبل حيضة مثل ذهاب جارحة أو حمى أو داء فله ردها بذلك وإن ردها أنقضها الانتزاع وإن لم ينقضها فلا غرم عليه ولا صداق إلا في الحرة، وأما الأمة فهي كسلعة فعلى واطئها غصبًا ما نقصها للوطء ثيبًا كانت أو بكرًا.

م: **قال بعض فقهائنا القرويين:** وإن تمسك بها فظاهر «المدونة» «وكتاب محمد» ألا شيء عليه مما نقصها وقد وطئها وهي في ضمان البائع فلو لم يكن ذلك جائزًا جنى عليها في الاستبراء أن الأرش للبائع ولا فرق بين جناية المشتري عليها وجناية غيره أن الأرش للبائع وإن رضي بها المبتاع كما قالوا في الجناية عليها في أيام الخيار إن الأرش للبائع؛ وإن كان ابن حبيب يرى أن الأرش للمشتري إذا اختار التمسك والقياس أن يكون الأرش للبائع لأنها في ضمانه **وأرى أن ابن القاسم رأى أن جناية المشتري كأنه رضي بإمساكها كما جعل جنايته عليها في البيع الخيار رضي بها وألزمه الثمن.**

والصواب أن لا يعد ذلك منه رضى ولو كان رضى لما كان له أن يردها بالعيب كما لو رضيا جميعًا بإسقاط المواضعة وتعجيلها لأن ما يحدث بعد ذلك من المشتري.

ومن «المدونة»: روى ابن وهب عن مالك : أن من ابتاع أمة حاملاً فلا يجوز له وطؤها [ ] وعند غيره من زوج أو زنى ولا ينبغي له أن يباشرها أو يقبلها أو يغمزها أو يجسها أو يجردها للذة حتى تضع وكذلك إن بيعت بالبراءة حاملاً أو غير حامل فلا يُقبّل ولا يباشر قبل أن يتبين حملها أو بعد حتى تضع .

ورواية ابن وهب هذه ليست عنده حيلة ولو ردها غيره .

قال ابن حبيب: وأما المسبية تقع في سهمه أو يبتاعها في المغانم فله أن يتلذذ منها بالقبلة والمباشرة والتجريد وغيره عدا الوطء لئلا يسقي ماؤه زرع غيره، وهذه قد تم ملكه فيها، وبيع المقاسم بيع براءة، وإن ظهر بها حمل لم ترد به.

قال أبو محمد: وهذا الذي ذكر ابن حبيب أنه تدخل البراءة من الحمل في بيع السلطان ليس بقول مالك إلا أن يعني في الوخش، وقد قال ابن المواز: بيع الرابعة بالبراءة مطلقًا جائز ولا يدخل في ذلك الحمل وإن لم يتبرأ منه فسد البيع.

م: **وما ذكر أيضًا ابن حبيب:** من أنه يُقبّل المسبية ويباشرها ويتلذذ بها عدا الوطء فليس ذلك على الأصيل لأن كل ظاهر منع من وطئها منع أيضًا من التلذذ بها بشيء من دواعي الوطء كالمبيعة غير المسبية والمحرمة لأن ذلك من ذريعة إلى الوطء كالراعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه، وإن كان قد وقع لسحنون في العاشر من السير فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمل ظاهر أنه لا بأس أن ينال منها ما ينال من الحائض إذا كان من غير السيد، وكذلك إن قال بعد البيع أنا أرضى بحمل إن كان بها ولم يكن البائع يطأ،

م: لعله يرخص في هذا للشيخ لأنه يملك نفسه كما أرخص له النبي ﷺ في القُبْلة في الصيام وأما الشاب فلا يملك نفسه. وقد قال عليه السلام: «**ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض**»(١) وقال: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره**»(٢).

فإذا منع من الوطء وجب أن يمنع من دواعيه لأن الراعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه.

ومن «المدونة» قال مالك: وإن وطئها المبتاع في الاستبراء فوضعت لستة أشهر من يوم وطئها فإن كان البائع يطأ دعي للولد القافة فإن ألحقوه بالمبتاع كانت له أم ولد وإن وضعت لأقل من ستة أشهر فسخ البيع وألحق بالبائع إذا أقر بالوطء وينكل المبتاع حين وطئ في الاستبراء وإن أنكر البائع الوطء كان الولد لغيره وكذلك إن كانت بكرًا والبائع ينفي الولد فإنه يكون لغيره ويخير المبتاع في قبولها بجميع الثمن أو ردّها مع ما نقص وطؤه للبكر.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

قال ابن المواز: إذا اختار حبسها فله الرجوع بما نقص عيب حملها، م: كمن اطلع على عيب وقد حدث عنده عيب.

ومن «المدونة» **قال مالك:** وكذلك الثيب إن كان نقصها شيء وإلا لا غرم عليه ويخير في أخذها بجميع الثمن أوردها وعليه العقوبة إن لم يعذر بجهل.

قال مالك: ولو استلحقه البائع لحق به وفسخ البيع وصارت له أم ولد.

ابن المواز: ولو افتضها المبتاع ثم حدث بها عيب في الاستبراء فله ردها مع ما نقص افتضاضها، فإن ماتت فهي من البائع وإن لم تمت وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من يوم وطء المشتري ردت إليه أم ولد بالقيمة يوم وطئ لا بالغير لأنه قد ردّها بالعيب أولاً ولو لم يكن ردها بما حدث بها في المواضعة حتى وضعت لما ذكرنا من المدة [ ] بالعيب الحادث فيلزمه قيمتها يوم وطئها وتصير له أم ولد وإن شاء ردّها بالعيب وألزمها نفسه بالثمن كاملاً.

قال ابن المواز: وإن أعتق المبتاع الأمة في الاستبراء من وطء البائع لم يعجل عليها حتى تحيض كما ليس له تعجيلها وترك الاستبراء بخلاف عتقه إياها في عهدة الطلاق لأن له ترك بقية العهدة إلا أن يكون الاستبراء من غير وطء فينفذ عتقه ويتعجلها ولو أعتقها البائع والمبتاع أو حد فيها بعتق والاستبراء [ق/ ٣٠/ ٧أ] فيها من وطء البائع تربصا فإن ظهر بها حمل عتقت على البائع وإن حاضت عتقت على المبتاع ولو حدث بها عيب فليس له تعجيل ردّها للعتق ولو كان الاستبراء ليس من وطء البائع عجلنا عتق المبتاع فيها ثم إن ظهر بها حمل رجع بقيمة عيب الحمل لأنه لو ظهر بها عيب أو حمل ولم يكن أعتق لكان له الرضى به وتعجيل قبضها.

م: وقوله: إذا كان استبراؤها من وطء البائع وقد أعتقا جميعًا أنه يتربص بها يريد: بتربص أن يجعل العتق على أحدهما لأنه إن جعل عتقها من البائع قطع ولاء المبتاع منها، ومنع البائع من قبض ثمنها ، وقد يمكن أن يجب له، وإن جعله من المبتاع رفع ولاء البائع عنها وألزم المبتاع غرم الثمن وقد لا يجب عليه، فأوقف الحكم فيها على أحدهما لهذا وأما الأمة فهي بعتقها حرة إذ لابد من عتقها على أحدهما إن حاضت فعلى المبتاع ، وإن حملت فعلى البائع وإنما يوقف الحكم فيها على من يكون بالعتق وهذا بيّن. وقاله بعض القرويين .

ومن «المدونة» **قال مالك:** وإذا قال البائع: كنت أفخذ ولا أنزل، وولدها ليس

مني لم يلزمه الولد، وإن قال: كنت أطأ في الفرج وأعزل فأتت بولد لم يجئ به النساء من يوم وطء لزمه الولد ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل عنها.

قال سحنون: قال أشهب: وقد نزل هذا على عهد رسول الله ﷺ فقال الرجل: كنت أعزل. فقال صاحب رسول الله ﷺ: «**إن الوكاء ينفلت**» وألحق به الولد[1].

تم الجزء السابع ويليه إن شاء الله الجزء الثامن

---

(١) تقدم.

فهرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

AL-JĀMIᶜ LI MASĀʾIL AL-MUDAWWANA WA AL-MUḪTALAṬA

THE COMPILER OF THE MATTERS OF «AL MOUDAWWANA AND AL MUKHTALATA»

by

Abi Bakr ben Abdullah Ibn Yunus al-Siqilli

(D. 451 H.)

edited by

Abu al-Fadel al-Dimyati (Ahmad ben Ali)